

DER MINDERJÄHRIGE
IN
PERSONALEN
HANDELSGESELLSCHAFTEN

Alfred Ruppel

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER MINDERJÄHRIGE
IN
PERSONALEN HANDELSGESELLSCHAFTEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main



vorgelegt von
Alfred Ruppel
aus Rebgeshain in Oberhessen

1965

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön,
München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

Erstgutachter: Professor Dr. Franz Böhm

Zweitgutachter: Professor Dr. Heinrich Kronstein

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Juni 1965

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Literaturverzeichnis	7
Abkürzungen	13
Einleitung (Gesellschafter-Fähigkeit und die allgemeine Rechtsstellung des Minderjährigen)	15

Erster Teil:

DER MINDERJÄHRIGE ALS GESELLSCHAFTER DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

A. <u>Vorbemerkung: Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft</u>	18
I. Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens	18
II. Handelndes Subjekt im Rechtsverkehr?	22
B. <u>Der Erwerb der Mitgliedschaft des Minderjährigen</u>	23
I. Gesellschafter kraft Rechtsgeschäftes	23
1. Teilnahme an der Gründung der Gesellschaft	24
2. Eintritt in bestehende Gesellschaft	25
3. Eintritt als Erbe	27
4. Umwandlung einer anderen Gesellschaft in eine OHG	29
II. Gesellschafter kraft Gesetzes (§ 139 HGB)	30
1. Die Situation des § 139 HGB	30
2. Die Ausübung des Wahlrechts	32
3. Notwendigkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung?	33
a) Bei Stillschweigen	33
b) Bei ausdrücklicher Erklärung	34
4. Die Teilhaberrechte des Gesellschafter-Erben	36
III. Wegfall der Geschäftsfähigkeit	38
IV. Die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister	38
C. <u>Der Minderjährige in der offenen Handelsgesellschaft</u>	40
I. Die Mitverwaltungsrechte und -pflichten des minderjährigen Teilhabers	41
1. Allgemeines	41
2. Der nicht ermächtigte Minderjährige	42

	Seite
a) Die Vertretungsbefugnis	43
aa) Wer hat sie auszuüben?	43
bb) Der Wegfall vormundschaftsrechtlicher Beschränkungen	49
cc) Das Ausmaß der Freistellung	52
b) Die Geschäftsführung, insbesondere die rein tatsächlichen Handlungen	55
aa) Der Rechtserfolg dieser Handlungen	56
bb) Ihre Ausübungsmöglichkeit durch den Minderjährigen	58
cc) Speziell: Die Buchführung	61
c) Stimmrecht und Widerspruchsrecht	63
aa) Die Ausübung des Widerspruchsrechts	64
bb) Das Stimmrecht	64
d) Die Verwaltungsrechte insgesamt	68
e) Ablehnungsbefugnis der Gesellschaft	70
aa) Bei zu befürchtender Schlechterfüllung	71
bb) Bei zu befürchtender Rechtsunwirksamkeit	72
3. Wege der Befähigung des Minderjährigen zu selbständiger Ausübung seiner Verwaltungsrechte	73
a) Volljährigkeitserklärung	73
b) Generalkonsens des gesetzlichen Vertreters	74
c) Erteilung einer Prokura oder Handlungsvollmacht	74
d) Ermächtigung nach § 112 BGB	76
aa) Die Teilhaberschaft als selbständiges Erwerbsgeschäft	76
bb) Die Ermächtigung deckt nur einen Teil der Vertretungsbefugnis	77
cc) Vereinbarkeit mit § 126 HGB?	79
dd) Das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Zustimmung	81
ee) Der Umfang der Freistellung des Minderjährigen	81

	Seite
II. Die sonstigen Gemeinschaftsrechte und -pflichten des Gesellschafters	82
1. Das Informationsrecht	83
2. Das Wettbewerbsverbot	84
III. Die vermögensrechtlichen Beziehungen	84
1. Unbeschränkte Gültigkeit des Vormundschaftsrechtes	84
2. Die Einwirkung der Ermächtigung nach § 112 BGB	85
IV. Die Haftung des minderjährigen Gesellschafters	87
1. Das Innenverhältnis	87
2. Die Haftung nach außen	89
3. Die Stellung des gesetzlichen Vertreters	91
4. Anhang: Die Ausschließungsrechte der Gesellschaft	91
D. <u>Die Beendigung der Mitgliedschaft</u>	92
I. Auflösung und Liquidation der Gesellschaft	93
1. Die Auflösung	93
a) durch Beschluß	93
b) durch Kündigung des Geschäftsbeschränkten	94
c) Die Auflösungsklage	94
2. Die Liquidation der Gesellschaft	95
a) Der Minderjährige als Liquidator	95
b) §§ 1819 ff. BGB nicht anwendbar	95
3. Andere Art der Auseinandersetzung	96
4. Übernahme des Geschäfts durch den Minderjährigen	99
5. Der Fall des § 142 HGB	100
II. Die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine andere Gesellschaft	102
1. in eine Kapitalgesellschaft	102
2. in eine Personalgesellschaft	103
III. Das Ausscheiden aus der Gesellschaft	104

Zweiter Teil:

DER MINDERJÄHRIGE ALS TEILHABER DER KOMMANDITGESELLSCHAFT UND DER STILLEN GESELLSCHAFT

A. <u>Der Minderjährige in der Kommanditgesellschaft</u>	105
I. Die Teilhaberrechte, ähnlich denjenigen des offenen Handelsgesellschafters	105
II. Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft als Kommanditist	107
1. Teilnahme bei Errichtung der Gesellschaft	107
2. Eintritt kraft Erbrechts	111
3. § 139 HGB	111
4. Beteiligung infolge Umwandlung einer anderen Gesellschaft	113
5. Der Verlust der Mitgliedschaft	113
B. <u>Der Minderjährige in der stillen Gesellschaft</u>	114
I. Die Eigenart der stillen Gesellschaft	114
1. Beteiligung bei Errichtung der Gesellschaft	114
2. Die Beteiligung als Teilhaber einer Handelsgesellschaft	117
3. Erwerb einer bestehenden Mitgliedschaft	117
4. Erwerb der Mitgliedschaft durch Umwandlung	117
II. Die Ausübung der Gesellschafterrechte des Stillen	118
1. Seine geringen Verwaltungsrechte	118
2. Die vermögensrechtlichen Beziehungen	119
III. Der Verlust der Mitgliedschaft	120

Exkurs:

DER MINDERJÄHRIGE IN DER FAKTISCHEN
GESELLSCHAFT

I. Die Rechtsgrundlage der Anerkennung der faktischen Gesellschaft	121
II. Die grundsätzliche Nicht-Haftung des minderjährigen "Teilhabers"	126
III. Seine Rechte gegen die Gesellschaft	128
IV. Nachträgliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bzw. des gesetzlichen Vertreters	131
V. Stellung bei ordnungsgemäßer Beteiligung	132

VERZEICHNIS DER BENUTZTEN SCHRIFTEN

- Ammermann Beschränktgeschäftsfähige in Personalgesellschaften. Düsseldorf 1933. Diss.
- Badewitz Der Minderjährige als Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft. Jenaer Diss. 1935.
- Baumbach-Duden Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 11. Aufl., München und Berlin 1955.
- Beitzke Familienrecht. Kurzlehrbuch. 4. Aufl., München und Berlin 1955.
- Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen. 1948. In: Recht und Zeit, Heft 9.
- Boschan Stellung der Minderjährigen in Handelsgesellschaften. In: Deutsches Recht, 1940; S. 478 ff.
- Brodmann Die Handelsgeschäfte, Allg. Grundsätze. In: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band IV, 2. Abt. S. 1 ff. Leipzig 1918.
- Cosaçk Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl., Stuttgart 1930.
- Dernburg Das Bürgerliche Recht. Bd. II: Die Schuldverhältnisse. 4. Aufl., Halle a. d. S. 1909.
- Düringer-Hachenburg Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Aufl.:
Bd. I: §§ 1-104.
Erläutert von Geiler, Hoeniger, Lehmann, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.
Bd. II: 1. Teil: Allg. Einl. z. 2. Buch.
Erläutert von Geiler. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
Bd. II: 2. Teil: §§ 105-177, 335-342.
Erläutert von Flechtheim.
Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
- Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I: Allg. Teil und Schuldverhältnisse. 9. Aufl. Berlin 1903.
- Enneccerus-Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts:
Allgemeiner Teil.
Bearbeitet von Enneccerus, Nipperdey.
14. Aufl.

I. Halbband. Tübingen 1952.

II. Halbband. Tübingen 1955.

Recht der Schuldverhältnisse.

Bearbeitet von Enneccerus, Lehmann.

14. Bearb. Tübingen 1954.

Familienrecht.

Bearbeitet von Kipp, Wolff.

7. Bearb. Marburg 1931.

Erbrecht.

Bearbeitet von Kipp, Coing. 10. Bearb.

Tübingen 1955.

Erman Personalgesellschaften auf mangelhafter Ver-
tragsgrundlage. Münster/Westf. 1947.

Esser Lehrbuch des Schuldrechts. Karlsruhe 1949.

— Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen.
Frankfurt a. M. 1940.

— Gedanken zur Dogmatik der "faktischen
Schuldverhältnisse". In: AcP Bd. 157, S. 86 ff.

Fischer, Robert Die faktische Gesellschaft. In: NJW 1955, S.
851 ff.

Fischer, Rudolf Die kaufmännischen Bücher und Papiere. In:
Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handels-
rechts. Band II, S. 462 ff.; Leipzig 1914.

Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster
Band, Allg. Teil. 3. Aufl., München und Ber-
lin 1953.

Gareis Das Deutsche Handelsrecht. 8. Aufl., Berlin
1909.

Gierke, Julius von Handels- und Schiffahrtsrecht. 7. Aufl., Ber-
lin 1955.

Gierke, Otto von Dauernde Schuldverhältnisse. In: Iherings Jahr-
buch, Bd. 64, S. 355 ff.

Glitsch Fähigkeit und Befugnis, Kaufmann zu sein.
In: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Han-
delsrechts. Band II, S. 155 ff., Leipzig 1914.

Gogos Die Geschäftsführung der offenen Handelsge-
sellschaft. Tübingen 1953.

Goldmann Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin
1905.

Goldmann-Lilienthal Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I: Allg.
Teil und Schuldverhältnisse. 2. Aufl., Ber-
lin 1903.

- Haff Institutionen der Persönlichkeitslehre und des
Körperschaftsrechts. Zürich 1918.
- Hamel Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesell-
schaft. Bonn 1928.
- Haupt Über faktische Vertragsverhältnisse. In: Fest-
schrift für Siber. Bd. II. Leipzig 1943, S. 1 ff.
- Haupt-Reinhardt Gesellschaftsrecht. 4. Aufl., Tübingen 1952.
- Heck Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
- Heinsheimer Über die Teilhaberschaft. Heidelberg 1930.
- Heymann-Kötter Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl.,
Berlin 1944.
- Hintze Lukrative Rechtsgeschäfte des Minderjährigen.
Berlin 1930. Diss.
- Hueck Das Recht der offenen Handelsgesellschaft.
2. Aufl., Berlin 1951.
- Gesellschaftsrecht. Kurzlehrbuch. 5. Aufl.,
München und Berlin 1954.
- Der Treuegedanke im Recht der offenen Han-
delsgesellschaft. In: Festschrift für Hübner.
Jena 1935. S. 72 ff.
- Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handels-
gesellschaften. In: Beiträge zum Wirtschafts-
recht, Bd. II 1931, S. 700 ff.
- Deutsches Arbeitsrecht. Ein Grundriß. 2. Aufl.,
Berlin 1944.
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. I. 3./5. Aufl.,
Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.
- Koenige Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 4. Aufl.,
Berlin 1936.
- Kreß Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. Mün-
chen 1929.
- Lange Bürgerliches Gesetzbuch. Allg. Teil. München
und Berlin 1952.
- Larenz Die Begründung von Schuldverhältnissen durch
sozialtypisches Verhalten. In: NJW 1956,
S. 1897 ff.
- Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungs-
grund. In: DRiZ 1958, S. 245 ff.
- Lehmann Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbu-
ches. 8. Aufl., Berlin 1954.

- Lehmann Handelsrecht. Teil II: Gesellschaftsrecht.
Berlin 1949.
- Faktische Vertragsverhältnisse. In: NJW
1958, S. 1 ff.
- Lehmann-Ring Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl.,
Berlin 1914.
- Lobedanz Der Einfluß von Willensmängeln auf Grün-
dungs- und Beitrittsgeschäfte. Berlin 1938.
- Makover Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 13. Aufl.,
Berlin 1906.
- Manigk Das rechtswirksame Verhalten. Berlin 1939.
- Michaelis Zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Er-
ben. In: Zeitschrift d. Akad. f. D. Recht,
1943, S. 233 f.
- Müller-Erzbach Deutsches Handelsrecht. 2. u. 3. Aufl.,
Tübingen 1928.
- Nikisch Arbeitsrecht. I. Bd. 2. Aufl., Tübingen
1955.
- Nipperdey Faktische Vertragsverhältnisse? In: MDR
1957, S. 129 f.
- Oertmann Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
Allgemeiner Teil. 3. Aufl., Berlin 1927.
Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241-432).
5. Aufl., Berlin 1928.
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
14. Aufl. Bearbeiter: Danckelmann, Gramm,
Hoche, Lauterbach, Rechenmacher. München
und Berlin 1955.
- Peters Lehrbuch der Verwaltung. Berlin, Göttingen,
Heidelberg 1949.
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
Bd. I: Allg. Teil. 4. Aufl., Berlin 1913.
Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse
(§§ 241-432). 4. Aufl. Erläutert von
Siber. Berlin 1914.
Bd. IV: Familienrecht. 3. Aufl., Berlin
1906.

Reichsgerichtsräte-
Kommentar

Bürgerliches Gesetzbuch:

Bd. I: Allg. Teil und Schuldrecht (§§ 1-432).
10. Aufl., Berlin 1953.

Bd. II: Schuldrecht (§§ 433-853). 10. Aufl.,
Berlin 1953.

Bd. IV: Familienrecht. 9. Aufl., Berlin
1940.

Bd. V: Erbrecht, Lief. 1: §§ 1922-2146.
10. Aufl., Berlin 1955.

Handelsgesetzbuch. 2. Aufl.:

Bd. I: §§ 1-104. Bearbeiter: Würdinger.
Berlin 1953.

Bd. II: §§ 105-177, 335-342. Bearbeiter: Wei-
pert. Berlin 1950.

Riezler

Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.

Ritter

Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl.,
München und Berlin 1932.

Schlegelberger

Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Aufl.
I. Band. Erläutert von Gessler, Hefermehl,
Hildebrandt, Schröder. Berlin und Frankfurt
a.M. 1955.

Schneider

Die Rechtsstellung des Pflegers eines minder-
jährigen Gesellschafters in einer Personalge-
sellschaft. In: Der Betriebsberater, 1955,
S. 948.

Schreitmüller

Die Beteiligung des beschränkt Geschäftsfähigen
an Handelsgesellschaften. 1926. Diss.

Schumann

Die Lebensverhältnisse der faktischen Perso-
nalgesellschaft. In: Deutsches Recht, 1943, S.
1193 ff.

Siebert

Die "faktische Gesellschaft". In: Festschrift
für Hedemann. Jena 1938. S. 266 ff.

—

Faktische Vertragsverhältnisse. Karlsruhe
1958.

Siber

Schuldrecht. Leipzig 1931.

Simitis

Die faktischen Vertragsverhältnisse als Aus-
druck der gewandelten sozialen Funktion der
Rechtsinstitute des Privatrechts. Frankfurt
a.M. 1957.

- Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
8. Aufl. Bearb. u. a. von Siebert:
Bd. I: §§ 101-432. Stuttgart und Köln 1952.
Bd. III: §§ 854-2385. Stuttgart und Köln 1955.
- Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd.,
14. Aufl. Erläutert von Bondi, Pinner. Ber-
lin und Leipzig 1932.
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
Bd. I: Allg. Teil. 10. Aufl. Erläutert von
Riezler. München, Berlin, Leipzig
1936.
Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse.
Erster Teil: §§ 241-432. Erläutert
von Werner. 9. Aufl., München,
Berlin, Leipzig 1930.
Zweiter Teil: §§ 436-610. Erläutert
von Kiefersauer, Ostler, Riedel.
11. Aufl., Berlin 1955.
Dritter Teil: §§ 611-825. Erläutert
von Nipperdey, Geiler, Kober,
Brändl, Lechner. 10. Aufl., München,
Berlin, Leipzig 1936.
Bd. IV: Familienrecht. Erläutert von Engel-
mann, Keidel. 9. Aufl., München,
Berlin, Leipzig 1926.
Bd. V: Erbrecht. Erster Teil: §§ 1922-2196.
Erläutert von Boehmer, Lehmann,
Seybold. 11. Aufl., Berlin 1954.
- Stein-Jonas-Schönke Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 18. Aufl.,
Tübingen 1953.
- Tuhr von Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts.
Bd. I. Leipzig 1910.
Bd. II., 1. Teil. München und Leipzig 1914.
- Warneyer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Bd. I. 2. Aufl., Tübingen 1930.
- Wieland Handelsrecht. Bd. I. München und Leipzig
1921.
- Würdinger Gesellschaften. 1. Teil. Hamburg 1937.

ABKÜRZUNGEN

AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
AktG	Aktiengesetz
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Band und Seite)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht bzw. dessen Entscheidungen gesammelt (Band und Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
Betr	Der Betrieb (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung (Band und Seite)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite)
EGHGB	Einführungsgesetz zum HGB
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nr.)
IherJ	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Band und Seite)

KO	Konkursordnung
LZ	Leipziger Zeitschrift (Jahr und Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht, zugleich Rechtsprechungssammlung der Oberlandesgerichte (Band und Seite)
RAO	Reichsabgabenordnung
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, amtliche Sammlung (Band und Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtliche Sammlung (Band und Seite)
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt im Reichsjustizministerium (Band und Seite)
WiGBI	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Band und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

Minderjährige im Sinne des bürgerlichen Rechts sind Personen, die das siebente, aber noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet haben und nicht für volljährig erklärt worden sind (§§ 106; 2, 3 BGB). Sie sind gemäß §§ 107 - 113 BGB in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Ihnen gleich stehen Volljährige, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind (§ 114 BGB).

Das Recht der Handelsgesellschaften enthält keine besonderen Bestimmungen über die Rechtsstellung des Minderjährigen auf diesem Gebiet. Es statuiert weder eine besondere "Gesellschafterfähigkeit", noch macht es die Betätigung der Gesellschafter von diesbezüglichen Voraussetzungen abhängig. Darum bewendet es bei den allgemeinen Bestimmungen des BGB, das für das Handelsrecht subsidiär maßgebend ist (vgl. Art. 2 EGHGB). Hiernach ist dem Minderjährigen, da er ja Träger von Rechten und Pflichten sein kann (§ 1 BGB), die Beteiligung an einer Gesellschaft und demzufolge auch die Wirkungsmöglichkeit innerhalb derselben nicht versagt.

Seinem persönlichen Handeln sind freilich enge Grenzen gesetzt. Will er rechtsgeschäftlich tätig werden, so muß er sich grundsätzlich der Hilfe seines gesetzlichen Vertreters¹⁾ bedienen (§ 107 BGB), der seinerseits vielfach an die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes gebunden ist (vgl. §§ 1643, 1687, 1819-1823, 1915 BGB). Ausgenommen sind nur Willenserklärungen, die dem Geschäftsbeschränkten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen.

Der Begriff des lediglich vorteilhaften Geschäftes kann nicht so verstan-

1) Die im Zusammenhang mit dem nunmehr geltenden Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter stehenden Fragen für das elterliche Gewaltverhältnis sollen hier außer Betracht bleiben. Im folgenden ist stets der "gesetzliche Vertreter" bzw. der "elterliche Gewalthaber" im Singular gebraucht.

den werden, daß jeder möglicherweise mit einer Erklärung verbundene rechtliche Nachteil deren Lukrativität ausschließt. Wollte man anders entscheiden, wäre ein lediglich vorteilhaftes Geschäft undenkbar. Denn es gibt keine Willenserklärung, die nicht geeignet wäre, irgendwann - in kausaler Verkettung - für den Erklärenden Verpflichtungen irgendwelcher Art oder sonstige rechtliche Nachteile hervorzurufen. Selbst die Annahme einer Schenkung kann solche erzeugen (vgl. §§ 528, 530 BGB). Rechtliche Nachteile im Sinne von § 107 BGB sind demnach nur solche, die zum Inhalt der betreffenden Erklärung gehören oder doch in ihr begründet liegen.²⁾

Daneben gibt es Erklärungen, die dem Minderjährigen weder Vorteil noch Nachteil bringen, also für ihn rechtlich indifferent sind. Nach dem Wortlaut des § 107 BGB unterliegen sie der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Die wohl herrschende Auffassung³⁾ sieht hingegen diese außerhalb seines Rechtskreises liegenden Erklärungen als voll wirksam an. Die §§ 107 ff. BGB bezweckten lediglich den Schutz des Geschäftsbeschränkten vor seinen eigenen unüberlegten Handlungen, und daher entfalle das Schutzbedürfnis, sobald sein Handeln seinen Vermögensbereich nicht berühre. Damit hat diese Ansicht ohne Zweifel den Grundgedanken des Gesetzes auf ihrer Seite, was sich aus § 165 BGB ergibt.⁴⁾

Unter bestimmten Voraussetzungen kann dem Minderjährigen eine freiere Stellung eingeräumt werden. Diese Fälle - §§ 112, 113 BGB - werden, soweit sie das Gesellschaftsrecht berühren, an späterer Stelle von Wichtigkeit sein.

Den Einfluß der Minderjährigkeit auf die mitgliedschaftliche Stellung des

2) Ähnlich Hintze S. 22; ferner Lange S. 133.

3) Vgl. v. Tuhr II 1 S. 341; Enneccerus-Nipperdey § 151 II 1; Staudinger-Riezler § 107 Bem. 4; Oertmann § 107 Bem. 3e; Planck § 107 Bem. 2b.

4) Mot. z. BGB I 227: "Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bezieht sich ihrem Grunde und Zwecke nach nur auf die eigenen Angelegenheiten des Betreffenden."

geschäftsbeschränkten Teilhabers und ihre Bedeutung für das gesamte gesellschaftliche Rechtsverhältnis zu untersuchen, ist Aufgabe dieser Arbeit. Unser Augenmerk gilt hierbei in erster Linie der klassischen Form der personalen Handelsgesellschaft, der offenen Handelsgesellschaft. Die sich für die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft ergebenden Abweichungen sollen im Anschluß betrachtet werden.

Erster Teil:

DER MINDERJÄHRIGE ALS GESELLSCHAFTER DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

A. VORBEMERKUNG: DIE RECHTSNATUR DER OFFENEN HANDELS- GESELLSCHAFT

Eine Erörterung der Einzelfragen, die mit der Minderjährigkeit im Zusammenhang stehen, setzt - was keiner besonderen Betonung bedarf - zunächst die Feststellung voraus, welchen rechtlichen Charakter das Gebilde der offenen Handelsgesellschaft trägt.

Die Frage nach ihrer Rechtsnatur gliedert sich auf in zwei Teilfragen verschiedener Richtung, nämlich einmal nach der Vermögensseite und zum anderen nach der Handlungsseite hin. Wenn zum Beispiel die Gesellschaft ein Geschäft abschließt, so lautet die erste Frage: Wem fließen die Rechte und Pflichten aus diesem Geschäft zu? Treffen seine Wirkungen unmittelbar den einzelnen Gesellschafter? M. a. W. wer ist Träger des gesellschaftlichen Vermögens (einschließlich der Schulden), die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als eine Vielheit von Rechtssubjekten oder die Gesellschaft als geschlossene Einheit? Davon aber ist die zweite Frage zu trennen: Bedeutet das Handeln namens der Gesellschaft zugleich ein Handeln für den einzelnen Gesellschafter, wird dieser also mit vertreten, oder schließt die Gesellschaft als solche das Geschäft ab? - wer tritt unter der Bezeichnung offene Handelsgesellschaft im Rechtsverkehr als handelndes Subjekt auf? Eine scharfe Abgrenzung der beiden Fragen ist in der Untersuchung freilich nicht möglich, da man sie zumeist nicht gesondert zu behandeln pflegt.

I. In § 124 HGB ist ausgesprochen, daß die Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden kann. Zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermö-

gen bedarf es eines besonderen Titels gegen die Gesellschaft, und umgekehrt kann aus diesem Titel nicht in das Privatvermögen der Gesellschafter vollstreckt werden (§ 129 Abs. IV HGB). Über das Gesellschaftsvermögen gibt es einen selbständigen Konkurs (§ 209 KO). Diese Bestimmungen sind vielfach als Beweis dafür angeführt worden, daß der offenen Handelsgesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit zukommen müsse. Die einen betrachten sie wie die Kapitalgesellschaft in jeglicher Hinsicht als eine juristische Person. Namentlich Kohler⁵⁾ und Wieland⁶⁾ vertreten diesen Standpunkt.⁷⁾ Wieland geht aber offensichtlich von einem dem geltenden Recht fremden Begriff der juristischen Person aus, da er alle Handelsgesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften ansieht.⁸⁾

Andere sehen die offene Handelsgesellschaft in manchen Beziehungen als juristische Person an und sprechen demgemäß von einer relativen Rechtspersönlichkeit.⁹⁾

Eine dritte Meinung räumt ihr eine Mittelstellung ein zwischen einer (schuldrechtlich verbundenen) Mehrheit von Individuen und der juristischen Person; sie sei rechts- und parteifähig, aber keine juristische Person, ein "Rechtssubjekt zweiter Ordnung".¹⁰⁾

Manche leugnen überhaupt einen prinzipiellen Unterschied zwischen der Gesellschaft im engeren Sinne und der juristischen Person und sehen in dem verschiedenen Maß der gesetzlichen Anerkennung der Geschlossenheit nur einen Unterschied des Grades.¹¹⁾ Nach dieser letzteren Ansicht ist jedem

5) In ZHR 74, 476 und ArchBürgR 40, 229.

6) S. 613 - 628.

7) Stein-Jonas-Schönke § 50 Bem. II 5 nehmen für den Prozeß, gestützt auf die ältere Rechtsprechung, ein "von den Gesellschaftern unabhängiges parteifähiges Gebilde" an.

8) S. 396 ff. (425).

9) Gareis S. 129; Baumbach-Duden Grundz. Bem. II 1 vor §§ 105 ff.; im Ergebnis auch Hamel S. 30 ff.

10) Haff S. 242; ähnlich schon Makover § 105 Bem. I c 1. Vgl. auch RGZ 16, 2 u. 54, 280.

11) Heinsheimer S. 16; ähnlich Wieland S. 426 ff. (432).

einheitlich erscheinenden Gebilde mit Selbstzweck Rechtssubjektivität (aber nicht stets Rechtspersönlichkeit!) in einem veränderlichen Umfang zuzusprechen.¹²⁾

In mehr oder minder schroffem Gegensatz zu allen diesen Ansichten nimmt die Rechtsprechung, durch das ehemalige Reichsgericht insbesondere begründet und entwickelt, schon seit langer Zeit den Standpunkt ein, daß die offene Handelsgesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitze und nur eine Abart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes sei.¹³⁾ Das ist auch die überwiegende Auffassung im Schrifttum.¹⁴⁾

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, im einzelnen festzustellen, inwiefern sich die Ansichten in ihrer Mannigfaltigkeit voneinander abheben, auch zum Teil trotz verschiedener Ausdrucksweise deken, und worauf die Abweichungen zurückzuführen sind. Dazu bedürfte es zuvor der Klarstellung der grundlegenden Begriffe "Rechtssubjekt", "Rechtsfähigkeit" und "juristische Person", die durchaus nicht einheitlich als vorgegebene feststehende Größen verstanden werden.

Jedenfalls ist der herrschenden Meinung zuzustimmen, wenn sie die offene Handelsgesellschaft als eine echte Gesellschaft ansieht. Die Auffassung, daß der Begriff der offenen Handelsgesellschaft als einer personalen Gesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit angesichts der gleichmäßigen Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits gewohnheitsrechtlich festgelegt und daher eine andere Betrachtung nicht mehr möglich sei¹⁵⁾, vermag zwar nicht zu überzeugen. Wohl kann eine gleichmäßige Rechtsanwendung durch die Gerichte eines Gebietes - mag sie auf richtiger oder irriger Gesetzesauslegung beruhen - eine bindende Rechtsnorm

12) Heinsheimer S. 29 ff.

13) Vgl. z.B. RGZ 65, 229; 106, 141; 118, 295; 136, 270, 402; 141, 280; 165, 203; BayObLG in NJW 1952, 28; BGH in MDR 1952, 285.

14) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 124 Anm. 1;
Müller-Erzbach S. 184; Würdinger, Gesellschaften, S. 105;
Hueck, RdOHG, S. 20; Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 7;
Lehmann, GesR., § 17 II.

15) So Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 7.

erzeugen, aber die richterlichen Entscheidungen müssen dann zum Inhalt eines Gewohnheitsrechtssatzes werden.¹⁶⁾ In Anbetracht der marnigfachen Angriffe gegen die reichsgerichtliche Rechtsprechung wird man den zur Bildung eines solchen erforderlichen allgemeinen Geltungswillen zu bezweifeln haben.

Die herrschende Meinung hat aber in der Sache recht. § 105 Abs. II HGB verweist auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Gleich dieser ist die offene Handelsgesellschaft grundsätzlich von dem Gesellschafterbestande abhängig. (§ 131 Ziff. 4 u. 5 HGB), es fehlen ihr körperschaftliche Organe und die Gesellschafter haften den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar mit ihrem Privatvermögen (§ 128 HGB). Die offene Handelsgesellschaft ist also wie jene eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Wollte man aus § 124 Abs. I HGB entnehmen, daß die offene Handelsgesellschaft als solche Subjekt aller erworbenen Rechte und eingegangenen Verpflichtungen sei, so bliebe "kein Raum mehr für eine gesellschaftliche Struktur. Zwischen diesen beiden Bestimmungen bestünde dann ein unlösbarer Widerspruch."¹⁷⁾ Das Gesellschaftsvermögen ist lediglich im Hinblick auf die Belange des Handelsverkehrs stärker verselbständigt. Hieraus erklärt sich die verschiedenartige Vollstreckungsregelung bei den beiden Vermögensmassen, die dem Gläubiger verhaftet sind.

Auch gehen Gesetze neuerer Zeit von dem Gesellschaftscharakter der offenen Handelsgesellschaft aus; so versteht § 11 Abs. II a des Gesetzes über das Kreditwesen vom 5. Dez. 1934 (RGBl. I S. 1203) unter "Personalgesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit" "insbesondere offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft".

Damit ist die Frage nach der Vermögensträgerschaft, der Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens entschieden. Jeder Gesellschafter ist gemäß den Grundsätzen der Gesamthandsberechtigung¹⁸⁾ Subjekt der zum

16) Enneccerus-Nipperdey § 42 I 1.

17) Hamel S. 30.

18) Im Sinne der Lehre Gierkes, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 339 ff., und Deutsches Privatrecht I, 1895, S. 663 ff.

Sondervermögen gehörigen Rechte und Pflichten, lediglich beschränkt durch die Mitberechtigung der übrigen Gesellschafter.

II. Nicht so einfach läßt sich die Frage beantworten, wer denn nun am Rechtsverkehr teilnimmt, die offene Handelsgesellschaft als Einheit oder die Gesellschafter in ihrer verbundenen Vielheit. Denn aus dem Vorhandensein einer Gesamthandsgemeinschaft folgt nicht notwendig, daß die Gemeinschaft als solche nicht nach außen handeln könne. Ob eine Organisation als Rechtspersönlichkeit anerkannt werden soll, ist eine Frage des positiven Rechtes. Der Gesetzgeber kann folglich auch eine solche Anerkennung nur in einzelnen Beziehungen aussprechen,¹⁹⁾ wie es z. B. für den nichtrechtsfähigen Verein hinsichtlich seiner Stellung im Prozeß geschehen ist (vgl. §§ 54 BGB, 50 Abs. II ZPO). Es fragt sich daher, wie die Vorschrift des § 124 Abs. I HGB auszulegen ist.

In bezug auf das Innehaben der Rechte und das Verpflichtetsein wurde bereits die Rechtsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft verneint. Davon ist aber das Tätigwerden nach außen, der Akt des Erwerbes der Rechte und des Eingehens der Verbindlichkeiten, worauf ja § 124 HGB abstellt, zu unterscheiden. Doch wird man auch in diesem Punkte der heute geltenden Ansicht²⁰⁾ folgen müssen. Würde man in diesem Umfange die Rechtssubjektivität der offenen Handelsgesellschaft bejahen, so ergäbe sich die eigenartige Folge, daß der Gesellschaft eine gesetzliche Verwaltungsbe fugnis über das Vermögen der Gesellschafter eingeräumt wäre. Es fände eine Teilung in der Zuständigkeit für ein und dasselbe Recht statt; die "Substanz" stünde den Gesellschaftern, die "Ausübung" der Gesellschaft zu.²¹⁾ Die offene Handelsgesellschaft wäre im prozessualen Sinne der Prozeßstandschafter der Gesellschafter. Eine derartige Spaltung - die allerdings dem positiven Recht nicht fremd ist, vgl. z. B. die Institution

19) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 103 IV.

20) Vgl. die in Am. 13) u. 14) angegebene Literatur. Die Fragen: Vermögensträger? Handelndes Subjekt? werden jedoch größtenteils nicht unterschieden.

21) So konsequent Hamel S. 34 ff.

des Testamentsvollstreckers und des Konkursverwalters - wäre eine unnötige Komplizierung der Rechtsverhältnisse. Das Gesetz wollte in § 124 HGB lediglich der Gesellschaft die für die Teilnahme am Handelsverkehr erforderliche Handlungsfähigkeit und Beweglichkeit verschaffen.²²⁾ Dazu genügte es, sie als Einheit erscheinen zu lassen. "Unter ihrer Firma" kann die Gesellschaft handelnd im Rechtsverkehr auftreten. Es wird nur so angesehen, als ob ein selbständiges Rechtssubjekt vorhanden wäre,²³⁾ jedoch nicht im Sinne einer echten Fiktion. Nur in dem äußeren Bild liegt die Subjektivierung, in Wahrheit handeln die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.²⁴⁾ Sie werden nicht nur von den Rechtswirkungen der Gesellschaftsgeschäfte betroffen, sondern sie führen auch diese Rechtswirkungen herbei. Freilich ist damit, wenn man so will, eine gewisse Annäherung an die juristische Person erreicht.

B. DER ERWERB DER MITGLIEDSCHAFT DES MINDERJÄHRIGEN

Der Erwerb der Mitgliedschaft durch den Geschäftsbeschränkten kann mittels Rechtsgeschäftes erfolgen oder sich kraft Gesetzes vollziehen. Je nach der Art des Eintritts ist die Rechtslage verschieden.

I. Gesellschafter kraft Rechtsgeschäftes

Der rechtsgeschäftliche Eintritt des nicht Vollgeschäftsfähigen in eine offene Handelsgesellschaft erfolgt stets durch Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern. Hierzu ist grundsätzlich immer die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, bzw. dieser kann an Stelle des Minderjährigen handeln.

22) Vgl. Müller-Erzbach S. 185 ff.

23) Enneccerus-Nipperdey § 103 IV; vgl. auch Schönfeld IherJ 75, 333 ff. (352).

24) Müller-Erzbach a. a. O.: "Die Gesellschaftsfirma ist das gemeinsame Aushängeschild für alle einzelnen Gesellschafter". Vgl. ferner Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 7.

Dem Geschäftsbeschränkten ist es nicht möglich, mit ihm zu freier Verfügung überlassenen Mitteln gemäß § 110 BGB wirksam an einer Gesellschaft teilzunehmen. Diese Vorschrift ist trotz ihres Wortlautes ein Anwendungsfall der §§ 107, 108 BGB; in der Überlassung der Mittel liegt die konkludente Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den Rechtsgeschäften, die der Minderjährige mit diesen Mitteln bewirken will.²⁵⁾ Die dem Einwilligenden fehlende Vorstellung von der konkreten Gestalt des Geschäftes hindert nicht.²⁶⁾ Die erteilte Zustimmung ist aber in aller Regel dahin auszuulegen, daß Kreditgeschäfte und sonstige mit einem Risiko verbundene Handlungen ausgenommen sein sollen.²⁷⁾ Soweit das Vormundschaftsgericht mitwirken muß, was im folgenden zu erörtern ist, bliebe das betreffende Geschäft ohnehin in der Schwebe (§ 1829 BGB).

1. Der häufigste Fall ist wohl der, daß der Minderjährige sich an der Gründung einer offenen Handelsgesellschaft beteiligt, sei es, daß damit ein neuer Gewerbebetrieb eröffnet oder daß ein vorhandenes Unternehmen eines Einzelkaufmannes in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt werden soll. Zur Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es in beiden Fällen neben der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§§ 1643, 1687, 1822 Ziff. 3 BGB). Bei dem Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmannes wird im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 28, 128 HGB zumeist auch § 1822 Ziff. 10 BGB zur Anwendung gelangen. Der Eintritt in eine fremde Schuld wird nach der herrschenden Meinung²⁸⁾ auch dann als Übernahme einer fremden Verbindlichkeit angesehen, wenn die Schuld selbst nicht übernommen wird, sondern nur die gesetzliche Folge eines Rechtsgeschäftes ist.

Sind mehrere Minderjährige beteiligt, so ist selbstverständlich für jeden

25) RGZ 74, 235; Palandt-Danckelmann § 110 Bem. 1; Staudinger-Riezler § 110 Bem. 1; Enneccerus-Nipperdey § 152 II 3.

26) Staudinger. a. a. O. Siehe auch unten S. 78 f.

27) Vgl. RGZ a. a. O., Palandt. a. a. O.

28) RGR-KomBGB § 1822 zu Nr. 8-11; Staudinger-Keidel §§ 1821/1822 Bem. 2 n; KG in JW 1927, 2578. Anderer Ansicht Beitzke, Fam.R., S. 163.

die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichtes einzuholen. Liegt die Vertretungsbefugnis für die mehreren Mündel bei einer Person, so ist nach § 181 BGB eine Vertretung nicht zulässig. Denn zwischen den mehreren Minderjährigen findet ein gegenseitiger Austausch von Willenserklärungen statt, weil, was in der Eigenart des Gesellschaftsvertrages begründet liegt, jeder Gesellschafter seine Erklärung an jeden der anderen Partner richtet. Der Vertreter mehrerer geschäftsbeschränkter Personen würde also bei einem Rechtsgeschäft zwischen diesen mitwirken, weshalb für jeden der mehreren Mündel ein Pfleger bestellt werden muß,²⁹⁾ deren Zustimmungserklärungen dann das Vormundschaftsgericht zu genehmigen hat (§ 1915 Abs. 1 BGB).

Aus den angeführten Gründen bedarf es ebenso der Pflegerbestellung, wenn neben dem Minderjährigen der gesetzliche Vertreter selbst Gesellschafter werden will. Hier ist seine Vertretung wiederum durch § 181 BGB ausgeschlossen.³⁰⁾

Schließlich ist eine Vertretung unzulässig bei Beteiligung des Ehegatten des gesetzlichen Vertreters oder geradlinig mit ihm verwandter Personen an der Gesellschaft (vgl. §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Ziff. 1 BGB).

2. Nicht anders verhält es sich bei dem Eintritt in eine bereits bestehende Gesellschaft; der Aufnahmevertrag ist für den eintretenden Minderjährigen ein Gesellschaftsvertrag, der "zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird". Er haftet wiederum für die vorhandenen Gesellschaftsschulden (§ 130 HGB).

Es macht dabei keinen Unterschied, mit welchen Personen der Ge-

29) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 105 Anm. 14; Soergel-Siebert § 1822 Bem. 5 d; RGZ 67, 61; KGJ 23 A 92; 31 A 152; 44 A 131. Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 24 verlangt dies anscheinend nur dann, wenn der ges. Vertreter sich selbst an der Gesellschaft beteiligen will.

30) Vgl. a. a. O. Düringer-Hachenburg-Flechtheim; Staub-Pinner § 105 Anm. 5.

schäftsbeschränkte den Aufnahmevertrag schließt, ob mit allen Gesellschaftern oder nur einem Teil derselben. Das letztere ist vor allem möglich, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die Aufnahme eines neuen Gesellschafters dem Mehrheitsbeschluß überlassen ist.³¹⁾ Eine solche Vertragsbestimmung ist nicht unzulässig,³²⁾ und kraft ihrer Anordnung wirkt der Aufnahmevertrag für und gegen alle Gesellschafter. In allen Fällen handelt es sich um einen regelrechten Aufnahmevertrag, der bei Minderjährigkeit des Eintretenden der vormundschaftlichen Genehmigung bedarf.

Zum Abschluß eines Aufnahmevertrages kommt es auch dann, wenn dem Minderjährigen die Mitgliedschaft eines ausscheidenden Gesellschafters übertragen wird.³³⁾ Denn einer solchen Änderung im Gesellschafterbefstande müssen alle Gesellschafter zustimmen.³⁴⁾ Die übrigen Teilhaber können aber den weichenden Gesellschafter zum Abschluß des Vertrages bevollmächtigen, was bereits in der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, die die Übertragung des Gesellschaftsanteils zuläßt und in der die Zustimmung zur Veräußerung liegt, geschehen sein kann.³⁵⁾ Oft wird ihm zugleich die Befugnis eingeräumt, den neuen Gesellschafter auszusuchen.

31) Es kann natürlich auch der Mehrheit nur gestattet sein, eine Verpflichtung aller Gesellschafter zu begründen, die von ihr bestimmte Person als Gesellschafter aufzunehmen.

32) Hueck, RdOHG, S. 251 f.; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 130 Anm. 4; Weipert in RGR-KomHGB § 130 Anm. 3; RGZ 92, 166; 128, 176. - Siehe auch unten S. 67.

33) Die umstrittene rechtliche Konstruktion dieses Vorganges braucht hier nicht zu interessieren.

34) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 256; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 130 Anm. 4; Würdinger, Gesellschaften, S. 69; RGZ 128, 176. Abweichend wohl Schumann, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, in Rechtspr. d. Wirtsch. 1944, 151 ff. (154); Krückmann, Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, in IherJ 74, 69 ff.; Weipert in RGR-KomHGB § 130 Anm. 3. Selbst wenn man der letzteren Ansicht folgt, entfällt die Genehmigungsbedürftigkeit nicht, weil mit der Mitgliedschaft jedenfalls ein Erwerbsgeschäft i. S. des § 1822 Ziff. 3 BGB erworben wird.

35) Vgl. a. a. O. Hueck, Düringer-Hachenburg-Flechtheim.

3. Wird ein offener Handelsgesellschafter von einem Minderjährigen beerbt und beschließen die Gesellschafter, daß dieser an die Stelle des Erblassers treten und mit ihm die Gesellschaft fortgeführt werden soll, so bedarf es gleichfalls der genannten Zustimmungserklärungen.³⁶⁾ Denn in diesem Vertrage liegt zugleich die Vereinbarung des Eintritts des Geschäftsbeschränkten in die Gesellschaft. Durch den Erbfall ist er lediglich in die vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers eingetreten, nicht aber sind ihm die an die Person des Teilhabers geknüpften mitgliedschaftlichen Verwaltungsbefugnisse zugeflossen.³⁷⁾ Diese werden ihm erst durch die Fortsetzungsvereinbarung zuteil. Der Beschluß, die Gesellschaft mit dem Rechtsnachfolger des ausgeschiedenen Teilhabers fortzusetzen, wäre überdies auch deshalb genehmigungsbedürftig, weil die Rückumwandlung einer Liquidationsgesellschaft in ihren Wirkungen einer Neugründung gleichkommt.³⁸⁾

Bei einer Mehrheit von minderjährigen Erben gilt das bereits oben Gesagte, daß für jeden derselben beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrages ein besonderer Pfleger mitwirken muß.

Ist ein einzelkaufmännisches Unternehmen vererbt worden, so kann allerdings auch die Erbengemeinschaft als Geschäftsinhaberin das Handelsgeschäft für unbeschränkte Zeit fortführen.³⁹⁾ Ihr Recht zum Betriebe des Handelsgewerbes ergibt sich aus ihrer Befugnis zur Verwaltung des ungeteilten Nachlasses. Aus diesem Grunde ist es hier gleichgültig, ob eine wirksame Entschließung der Miterben über die Fortführung des Betriebes zustandegekommen ist. Mängel dieses Vertrages - etwa die fehlende Mitwirkung des auch hier notwendigen Pflegers - hätten nur die Folge, daß der etwa in der Vereinbarung liegende Ausschluß der Auseinandersetzung

36) Vgl. RG in JW 1935, 3154.

37) Weipert in RGR-KomHGB § 131 Anm. 26; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 131 Anm. 7; RGZ 106, 65; abweichend Hueck, RdOHG, S. 220 u. Schlegelberger § 131 Anm. 23.

38) Vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 24.

39) Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 66; Hueck, RdOHG, S. 2 Note 4; BayObLG in JW 1931, 3129.

unwirksam wäre und daher jeder Miterbe gemäß § 2042 BGB jederzeit die Auseinandersetzung verlangen könnte. - Das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Zustimmung entfällt hier, weil die das Unternehmen tragende Gemeinschaft bereits kraft Gesetzes ins Leben getreten ist und der Akt der Fortführung des vorhandenen Gewerbebetriebes nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterliegt.⁴⁰⁾

Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages ist jedoch stets erforderlich, wenn die Miterben eine Gesellschaft errichten wollen, da es eine offene Handelsgesellschaft ohne vertragliche Grundlage nicht gibt.⁴¹⁾ Vielfach wird sich aus den Umständen die stillschweigende Vereinbarung einer Gesellschaftsgründung ergeben. Aus der langen Dauer der Fortführung des Unternehmens durch die Erben folgt jedoch ein dahingehender Vertragsschluß nicht ohne weiteres.⁴²⁾

Bei Beteiligung minderjähriger Erben muß hingegen die Annahme eines stillschweigenden Vertragsabschlusses entfallen. Denn hier ist wiederum, was sich aus der Tatsache der Gesellschaftsbegründung ergibt, die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich. Daran ändert nichts, daß das Unternehmen bisher schon den Beteiligten zur gesamten Hand gehörte. Die offene Handelsgesellschaft stellt eine andere Form der Gesamthandsgemeinschaft dar. Ihr Vermögen braucht und wird sich tatsächlich oft nicht mit der Erbmasse decken, und überhaupt sind die beiden Gemeinschaften in ihrer Struktur wesentlich verschieden. Die Gesellschaft bildet daher nicht die Fortsetzung der Erbengemeinschaft, weshalb es in allen Fällen der Übertragung des Vermögens der Erbengemeinschaft auf die offene Handelsgesellschaft bedarf.⁴³⁾

40) Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 65 will die Sollvorschrift des § 1823 BGB angewendet wissen.

41) KG in RJA 17, 90 und herrschende Meinung, z. B. Hueck, RdOHG, S. 43; Lehmann, GesR., S. 88; Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 66; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 105 Anm. 18.

42) Hueck, RdOHG, S. 2 Note 4; Weipert a. a. O.

43) Herrschende Ansicht, vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 42; Hueck, RdOHG, S. 43 f.; abweichend Staudinger-Geiler § 719 Anm. 6.

Ein stillschweigender Vertragsabschluß unter oder mit minderjährigen Erben wäre aus diesem Grunde, sofern er nicht bereits einen Verstoß gegen die §§ 181, 1795 BGB enthält - es gelten auch hier die allgemeinen Vertretungsregeln -, nach § 1829 BGB schwebend unwirksam. Mit dem Eintritt der Volljährigkeit tritt freilich an die Stelle der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung diejenige des nunmehr Vollgeschäftsfähigen, der dann dem Mangel abhelfen könnte. Oft wird seine stillschweigende Genehmigung anzunehmen sein, wenn er weiterhin in dem Unternehmen mitarbeitet.

4. Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb der Mitgliedschaft ist ferner möglich durch die Umwandlung einer anderen Gesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft.

Außer Betracht kann der Fall bleiben, daß eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts infolge der Ausweitung des von ihr betriebenen Unternehmens zu einer offenen Handelsgesellschaft erstarkt. Mit dem Eintritt der Voraussetzungen des § 1 bzw. 2 HGB wird hier die Gesellschaft ex lege zur offenen Handelsgesellschaft, und es bleibt kein Raum für eine vormundschaftsgerichtliche Betätigung.⁴⁴⁾ Im übrigen jedoch ist die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes stets erforderlich. War der bisherige Inhaber eine Kapitalgesellschaft und wollen die Mitglieder das Unternehmen unter Auflösung der Kapitalgesellschaft als offene Handelsgesellschaft fortführen, so ergibt sich dies schon aus der Notwendigkeit eines Gründungsaktes für die neue Gesellschaft. Nun vollzieht sich allerdings nach den §§ 3 ff. des Umwandlungsgesetzes vom 12. November 1956 (BGBl I S. 844) die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft in der äußeren Form eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Er ist jedoch inhaltlich ein Beschluß im eigentlichen Sinne nur insoweit, als er die bisherige Rechts-

44) Das dürfte insbesondere auch im Falle des § 2 HGB zu gelten haben. Der minderjährige Teilhaber ist, wie jeder der Gesellschafter, verpflichtet, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen. - Vgl. auch unten S. 104.

form der Kapitalgesellschaft betrifft. Soweit er dagegen das personenrechtliche Gesellschaftsverhältnis regelt, das die Grundlage der neuen Gesellschaft bilden soll, enthält der Beschluß in Wahrheit einen Gesellschaftsvertrag.⁴⁵⁾ Es kann außerdem zugleich der Tatbestand des § 1822 Ziff. 10 BGB erfüllt sein.⁴⁶⁾

Aber auch bei der Umwandlung einer Kommanditgesellschaft oder einer stillen Gesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft kann auf die Genehmigung nicht verzichtet werden, weil die bestehende Gesellschaft damit in ihrer Struktur wesentlich geändert wird. Das hat ohne Ausnahme zu gelten, so daß z. B. der Änderungsvertrag auch dann der Bestimmung des § 1822 Ziff. 3 BGB unterliegt, wenn der Minderjährige bereits als persönlich haftender Gesellschafter an einer Kommanditgesellschaft beteiligt war. Denn der Begründung eines gesellschaftlichen Handelsunternehmens ist seine nachträgliche Umgestaltung in wesentlichen Punkten durch einen Abänderungsvertrag gleichzusetzen. Auch ein solcher Vertrag wird "zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen".⁴⁷⁾ Es ist Sache des Vormundschaftsgerichtes, alsdann - nach Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse - zu entscheiden, ob die mit der Umwandlung verbundene Änderung der Mitgliedschaftsrechte der Teilhaber und insbesondere der Haftungsverhältnisse mit den Interessen des Geschäftsbeschränkten vereinbarlich erscheint.

II. Gesellschafter kraft Gesetzes (§ 139 HGB)

1. Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll (§ 139 HGB), so vollzieht sich der Teilhaberwechsel unmittelbar kraft

45) Vgl. KG in JW 1937, 2980.

46) Vgl. Groschuff zu KG in JW 1937, 2980.

47) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 130 Anm. 7; Hueck, RdOHG, S. 251; Schlegelberger § 105 Anm. 54; Ritter § 105 Anm. 2 b.
Vgl. auch KG in JW 1937, 2980.

gesetzlicher Regelung. Für das Gesellschafterwerden des Erben bedarf es dann weder einer Willenserklärung seinerseits noch einer besonderen Aufnahmeerklärung der Gesellschafter.⁴⁸⁾

Er tritt vielmehr mit dem Tode des Erblassers ohne weiteres an dessen Stelle in der Gesellschaft.⁴⁹⁾ Der Erwerb der Mitgliedschaft vollzieht sich also ohne, ja sogar gegen seinen Willen. Das ergibt sich im Hinblick auf die Regel des § 131 Ziff. 4 HGB und die getroffene Bestimmung des Gesellschaftsvertrages: Die Gesellschaft soll gerade nicht durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sondern mit dessen Erben, ohne daß der Bestand der Gesellschaft in Frage gestellt würde, als werbendes Unternehmen fortgesetzt werden. Auch spricht der Wortlaut des Gesetzes ("Verbleiben" und "Ausscheiden") eindeutig für eine solche Auslegung. Der Gesellschaftsvertrag kann den Erben allerdings auch auf ein bloßes Eintrittsrecht, d. h. den Anspruch gegen die überlebenden Gesellschafter, mit ihm die Gesellschaft fortzuführen, beschränken.⁵⁰⁾ In diesem Falle würde er erst mit seiner Eintrittserklärung Teilhaber werden.

Mit seinem automatischen Eintritt wird der Erbe sogleich offener Handelsgesellschafter.⁵¹⁾ Doch nur in einem vorläufigen Sinne, denn die Art und die Dauer seiner Stellung bleiben in der Schwebe. Seine Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft können sich ja, abgesehen von der Möglichkeit der Ausschlagung der ganzen Erbschaft (§§ 1942 ff. BGB), durch die Ausübung der ihm in § 139 Abs. I HGB gewährten Rechte noch ändern. Diese Rechte er-

48) Anderer Meinung z. T. die ältere Lehre, vgl. Makover § 130 Bem. I c. Die von Heinsheimer (S. 61 Note 12) bekämpfte Ansicht von Zitelmann (in IherJ 73, 185 ff.) und von Staub-Pinner (§ 109 Anm. 17a), daß die Bestimmung des Ges.-Vertrages ein Vertragsangebot an unbestimmte Personen enthalte, betrifft dagegen nicht den Fall des § 139 HGB.

49) So die heute einhellige Meinung: RG in JW 1912, 475; 153, 277; Staub-Pinner § 139 Anm. 14; Koenige § 139 Bem. 2; Schlegelberger § 139 Anm. 21; Weipert in RGR-KomHGB § 139 Anm. 16.

50) Vgl. dazu Weipert in RGR-KomHGB § 139 Anm. 3; Schlegelberger § 139 Anm. 5.

51) Düringer-Hachenburg-Flechthelm § 139 Anm. 31; Schlegelberger § 139 Anm. 26; Hueck, RdOHG, S. 265; Weipert in RGR-KomHGB § 139 Anm. 52. Anders wohl Wieland S. 686 f.

schöpfen sich, da er bereits Mitglied der offenen Handelsgesellschaft geworden ist, in der Befugnis zu wählen zwischen dem endgültigen Verbleiben als persönlich haftender Gesellschafter und der Umwandlung seiner Stellung in die eines Kommanditisten.⁵²⁾

2. Dieses Wahlrecht muß innerhalb der in Abs. 3 bestimmten Dreimonatsfrist ausgeübt werden. Ist der Erbe minderjährig, so muß er es durch seinen gesetzlichen Vertreter bzw. mit dessen Zustimmung ausüben. Denn die diesbezüglichen Erklärungen bringen ihm nicht ausschließlich einen rechtlichen Vorteil. Der wirtschaftliche Erfolg muß außer Betracht bleiben.^{52a)} Die Ausübung durch den Minderjährigen kann auch nicht etwa deshalb als zustimmungsfrei erachtet werden, weil es sich hierbei um ein im Gefolge eines Erbanges notwendiges Geschäft handelt. Zwar ist das Prinzip des § 107 BGB im Familien- und Erbrecht vielfach durchbrochen, weil es sich dort weniger um die Abwägung geldwerter Interessen als um die Regelung enger personenrechtlicher Verhältnisse handelt. Diese Ausnahmebestimmungen - vgl. z.B. §§ 1595 Abs. I, 1748 Abs. II, 1755, 2229 Abs. II, 2282, 2290 Abs. II, 2347 Abs. II BGB - betreffen jedoch höchstpersönliche oder jedenfalls solche Geschäfte, bei denen das Prinzip des Schutzes des Minderjährigen hinter dem Bedürfnis nach persönlicher Handlungsmöglichkeit zurückstehen kann. Die Situation des § 139 HGB ist eine völlig andere, weshalb eine entsprechende Anwendung dieser Sondernormen entfällt. Der geschäftsbeschränkte Erbe kann folglich sein Wahlrecht nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters geltend machen.⁵³⁾

52) Dabei läßt sich eine Ungenauigkeit des Ausdrucks schwerlich vermeiden. Denn der Erbe hat kein Recht darauf, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird; die anderen Gesellschafter sind zur Einaräumung nicht verpflichtet (argum: § 139 Abs. II). Zu "fordern" hat demnach der Erbe nichts. Erst die Ablehnung seines Ersuchens gibt ihm Rechte, er hat also nur eine Art aufschiebend bedingtes Ausscheidungsrecht. Dieses kann wirtschaftlich sehr wohl ein Druckmittel bedeuten, den Antrag des Erben anzunehmen, z.B. wenn die übrigen Gesellschafter aus irgendwelchen Gründen die Auszahlung des investierten Kapitals scheuen. - Diese rechtliche Position sei hinfort wie üblich mit "Wahlrecht" bezeichnet.

52a) Vgl. z.B. v. Tuhr II 1 S. 339; Lehmann, Allg. Teil BGB, § 28 A III 2a.

53) Allgem. Meinung, z.B. Baumbach-Duden, § 139 Bem. 3A; Weipert in RGR-KomHGB § 139 Anm. 17; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 33; KG in JW 1935, 3558.

3. Darüber hinaus kann eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich sein. Der Antrag des Erben auf Anerkennung der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage ist bezüglich dieser Frage unten bei der Kommanditgesellschaft zu behandeln. Hier interessiert nur seine endgültige Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter, die er durch ausdrückliche Erklärung, den Verzicht auf das Wahlrecht, erreicht oder indem er die erwähnte Frist verstreichen läßt.

a) Hinsichtlich der Nichtausübung des Wahlrechtes fragt es sich, ob die Anwendbarkeit der §§ 1821, 1822 BGB nicht von vornherein entfallen muß, weil es schon an einer vertretenden Tätigkeit des Gewalthabers fehlt. Stellvertretung setzt begrifflich rechtsgeschäftliches Handeln voraus. Dieses braucht zwar nicht notwendig in einem positiven Tun - der Äußerung rechtlichen Willens - zu bestehen. Auch das bloße Unterlassen kann die Bedeutung rechtsgeschäftlichen Verhaltens haben, sofern es nur vom Gesetz als ein solches gewertet wird. Derartige Gleichbewertungen finden sich z. B. in den §§ 108 Abs. II S. 2, 177 Abs. II S. 2, 516 Abs. II S. 1, 1943, 2307 Abs. II S. 2 BGB; 362, 377 Abs. II HGB. Die rechtliche Gleichstellung kann allerdings mehr oder minder weitgehend gewollt sein. Sie kann sich auf die Rechtsfolgen beschränken, also eine bloß normative sein, oder die eine Tatsache auch in bezug auf die rechtlichen Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit der anderen gleichstellen.⁵⁴⁾ Nur im letzteren Falle sind die rechtsgeschäftlichen Regeln anwendbar.

Im allgemeinen kann davon ausgegangen werden, daß die Rechtswirkung einer fingierten Willensäußerung nur eintreten soll, wenn die betreffende Person diese Erklärung hätte abgeben können.⁵⁵⁾ Ist diese in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist zu folgern, daß, wenn das Gesetz nicht gerade an das Unterlassen des Minderjährigen anknüpft, das Unterlassen seines gesetzlichen Vertreters die Fiktionsbasis abgibt; dessen Willensäußerung wird fingiert. Es liegt also dann eine Vertretung vor. Daß das

54) v. Tuhr II 1 S. 13; vgl. ferner Esser, Rechtsfiktionen, S. 32.

55) Vgl. Esser a. a. O., S. 79; Staudinger-Kiefersauer § 568 Anm. 15.

Unterlassen einer Person einer anderen zugerechnet wird, ist auch außerhalb des Rahmens der Stellvertretung nichts Ungewöhnliches; so wird z. B. dem Schuldner die Erfüllungsleistung seiner vertraglichen Unterlassungspflicht durch die Hilfsperson oder auch umgekehrt das schuldhaftes Nicht-tätigwerden des Gehilfen bei gebotenem Tun (§ 278 BGB) zugerechnet.

Im gegebenen Falle trifft das aber nicht zu. Denn das Verstreichenlassen der Frist wird nicht als Willensäußerung fingiert und kann auch nicht unter Hinweis auf ähnliche Bestimmungen so gedeutet werden. Der Erbe bleibt fortan nicht offener Handelsgesellschafter, weil sein Einverständnis fingiert wird, sondern weil sein Wahlrecht durch Fristablauf präkludiert wurde. Es ermangelt demgemäß bereits an einem Vertretungstatbestand.⁵⁶⁾

b) Die Erklärung, offener Handelsgesellschafter bleiben zu wollen, könnte nach § 1822 Ziff. 3 und 10 BGB genehmigungspflichtig sein. Das würde dann zutreffen, wenn die mit der Erklärung verbundenen Rechtsfolgen sich als Erwerb eines Erwerbsgeschäftes, Abschluß eines Gesellschaftsvertrages oder Übernahme fremder Verbindlichkeiten darstellen würden.

Wenn oben von einem "Schwebezustand"⁵⁷⁾ zwischen Erbfall und endgültiger Entscheidung des Erben die Rede war, so bedarf das hier einer Richtigstellung. Diese Ausdrucksweise könnte nämlich zu der Annahme verleiten, die Rechtsbeziehungen des Erben zur Gesellschaft seien noch ungewiß, die Art seiner mitgliedschaftlichen Stellung werde erst durch seine nunmehrige Erklärung bestimmt.⁵⁸⁾ Dieser würde dann eine rechtsgestaltende Wirkung zukommen. Das wäre jedoch eine falsche Betrachtung. Der Erbe wird mit dem Eintritt der Erbfolge offener Handelsgesellschafter mit allen Rechten und Pflichten eines solchen, wenngleich auch die be-

56) Das Genehmigungserfordernis lediglich abzulehnen, weil es sich um ein Unterlassen handelt (so Ammermann S. 14 f.; Badewitz S. 30), trifft nicht den Kern der Sache. Eine analoge Anwendung des § 1822 Ziff. 3 BGB (Schreitmüller S. 28) ist unmöglich.

57) So auch die übliche Bezeichnung in der Literatur, vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 139 Anm. 16; Staub-Pinner § 139 Anm. 25.

58) So wohl Wieland S. 686 f.

stehende Möglichkeit der Umwandlung seiner Stellung oder seines Ausscheidens bei einschneidenden Maßnahmen nach Treu und Glauben zunächst eine beiderseitige Zurückhaltung erheischt.⁵⁹⁾ Das Gesetz gibt ihm lediglich ein zusätzliches Recht, das es ihm gestattet, die Folgen seines Eintritts als offener Handelsgesellschafter rückgängig zu machen.

Die Erklärung des Erben berührt demnach seine mitgliedschaftlichen Rechtsbeziehungen nicht, sie bewirkt nur den Verlust des Wahlrechtes. Die Folgen für die vorliegende Frage liegen auf der Hand: Erworben wurde die Mitgliedschaft - worauf der Begriff des Erwerbsgeschäftes entsprechend dem Schutzcharakter dieser Bestimmung auszudehnen ist⁶⁰⁾ - bereits im Wege der Universalsukzession des § 1922 BGB. Es wird auch kein die ursprüngliche Vertragsgrundlage abändernder Gesellschaftsvertrag geschlossen. Geändert hat sich zwar die personale Struktur der Gesellschaft, aber kraft Gesetzes in Verbindung mit der bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Möglichkeit derselben. Schließlich sind auch keine Verbindlichkeiten durch die Erklärung übernommen worden. § 1822 Ziff. 3 u. 10 BGB sind mithin nicht anwendbar. Man müßte denn schon die Genehmigung für den bereits mit dem Erbfall erfolgten Eintritt des Erben in die Gesellschaft fordern. Da es sich hierbei aber um einen gesetzlichen Übergang von Rechten und Pflichten handelt, scheidet - wie bei der Nichtausübung des Wahlrechtes - eine Vertretertätigkeit und damit auch die Anwendbarkeit der auf diese bezogenen Bestimmungen aus.⁶¹⁾

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist gleichfalls nicht nach §§ 1645, 1823 BGB erforderlich. Diese Bestimmungen sind einmal nur Sollvorschriften, ihre Verletzung führt also nicht zur Unwirksamkeit der entgegenstehenden Rechtshandlungen;⁶²⁾ zum anderen liegen ihre Voraus-

59) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 265.

60) Staudinger-Keidel §§ 1821/1822 Bem. 2g; RGR-KomBGB § 1822 zu Nr. 3; Beitzke, Fam.R., S. 163; RGZ 115, 172; 122, 370; BayObLG 21, 221. Vgl. auch KG in JW 1927, 2578 und BGH in NJW 1955, 1068 f.

61) Vgl. KG in JW 1933, 119 = HRR 1933 Nr. 815.

62) Ob sich der Gewalthaber schadensersatzpflichtig macht, ist eine andere Frage. Vgl. dazu RGR-KomBGB § 1645 Bem. 1.

setzungen nicht vor. Der gesetzliche Vertreter beginnt kein neues Erwerbsgeschäft, sondern führt ein ererbtes für den Minderjährigen fort.⁶³⁾

Für das Verbleiben des minderjährigen Erben als offener Handelsgesellschafter ist daher eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes nicht nötig.⁶⁴⁾

4. Dem so eingetretenen Gesellschafter stehen neben den Vermögensrechten des Erblassers ohne weiteres auch die mitgliedschaftlichen Verwaltungsbefugnisse zu. Diese Rechtsfolge ist nicht ohne Schwierigkeit zu erklären, wenn man bedenkt, daß die Mitgliedschaft durch Erbgang erworben wird. Nach dem Wortlaut der §§ 1922 Abs. I, 1967 BGB geht nur das Vermögen des Erblassers auf dessen Erben über, während es sich hier um Verwaltungsbefugnisse und -pflichten handelt. Deshalb wird gesagt, das Erbrecht habe "gar nicht die Kraft, über die nichtvermögensrechtliche Seite des Erblassers zu disponieren".⁶⁵⁾ Außerdem sind es höchstpersönliche Rechtsgegenstände (§§ 105 Abs. II HGB, 713, 664 Abs. II S. 1, 717 BGB), die grundsätzlich mit dem Tode ihres Inhabers erlöschen. Die Teilhaberschaft als solche kann aber nicht übergehen; sie ist kein subjektives Recht, sondern nur das Rechtsverhältnis, aus dem die einzelnen Rechte und Pflichten entspringen, oder auch die Gesamtheit derselben.⁶⁶⁾

Andererseits kann sich der Erwerb der Mitgliedschaftsrechte auch nicht durch einen rechtsgeschäftlichen Übertragungsakt vollzogen haben. Da der Erbe ohne sein Zutun Gesellschafter wird, müßte schon dem etwa in der Fortsetzungsvereinbarung enthaltenen Vertrag zugunsten Dritter

63) Palandt-Lauterbach § 1645 Bem. 1; Staudinger-Keidel § 1823 Bem. 3a.

64) Das ist seit dem Beschluß des 1a-Senates des KG v. 14. 10. 1932 a. a. O. fast unbestritten; vgl. Schlegelberger § 139 Anm. 23; Weipert in RGR-KomHGB § 139 Anm. 17; Koenige § 139 Bem. 1; Hueck, RdOHG, S. 262 Note 3; ferner Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 33; Staudinger-Keidel § 1823 Bem. 3a. Anders Boschan S. 480.

65) Heinsheimer S. 61.

66) Heinsheimer S. 25 und 35.

(§ 328 Abs. I BGB) eine unmittelbar dingliche Wirkung, die mit dem Tode des Gesellschafters als dem bestimmten Anfangstermin eintreten würde, beigelegt werden. Ob ein derartiger Vertrag möglich ist,⁶⁷⁾ kann dahinstehen, denn der Erbe tritt ja auch in Pflichten ein, so daß zugleich ein Vertrag zu Lasten Dritter angenommen werden müßte. Ein solcher ist aber unzulässig.

Gleichwohl müssen dem Gesellschafter-Erben - ohne daß es eines besonderen Aktes zur Neubegründung der Verwaltungsrechte bedürfte - die vollen Mitgliedschaftsrechte zufallen. Hierbei kann es sich entweder um einen dem Gesellschaftsrecht eigenen Vorgang handeln: Soweit sie als personengebundene Rechte mit dem Tode des Erblassers erlöschen, entstehen sie augenblicklich neu in der Person des bedachten Erben, und zwar kraft der Sonderbestimmungen des Gesellschaftsrechts und in Verwirklichung eines dort (§ 139 HGB) vorgesehenen Tatbestandes.⁶⁸⁾ Oder aber werden sämtliche Mitgliedschaftsrechte vererbt. Dies dürfte die ungezwungenere und der Verkehrsanschauung mehr entsprechende Auffassung sein. Gegen die Annahme der Vererblichkeit der Gesellschafterstellung ergeben sich aus dem Wesen der Gesamthandsgemeinschaft keine zwingenden Bedenken, wie die gesetzliche Regelung der Erbengemeinschaft (§ 2033 BGB) beweist. Die höchstpersönliche Ausgestaltung bei dem Gesellschaftsverhältnis besteht nur im Interesse der Beteiligten und schließt abweichende Vereinbarungen nicht aus.⁶⁹⁾ Nach neuerer Ansicht ist daher eine unmittelbare Übertragung der Mitgliedschaftsrechte (durch Rechtsgeschäft) nicht unmöglich.⁷⁰⁾ Ebenso stehen erbrechtliche Grundsätze nicht entgegen. Das "Vermögen" des Erblassers ist kein erschöpfender Ausdruck; es können auch sonstige Rechtsbeziehun-

67) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 34 VI; Esser, Schuldrecht, S. 178.

68) Ähnlich Heinsheimer S. 62. Ebenso, jedoch ohne eine Erklärung für die Neuentstehung, Michaelis, Zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben, in ZAkDR 1943, 233 und Wolf, Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen "offenen" Handelsgesellschafters, in NJW 1954, 1549. Schlicht (NJW 1954, 985) schreibt die Neubegründung allein der Fortsetzungsklausel zu.

69) Hueck, RdOHG, S. 257.

70) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 257; BGH in DNotZ 1952, 407 (409).

gen der Vererbung unterliegen.⁷¹⁾ Das wird hinsichtlich der gesellschaftlichen Gemeinschaftsrechte in § 139 HGB vorausgesetzt oder zumindest dort zugelassen.^{72) 73)}

III. Wegfall der Geschäftsfähigkeit

Die Teilnahme eines Geschäftsbeschränkten an einer offenen Handelsgesellschaft ohne vormundschaftsgerichtliche Mitwirkung ist ferner dadurch möglich, daß ein an sich geschäftsfähiger Gesellschafter nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder gemäß § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft gestellt wird (§ 114 BGB).

IV. Die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister

Gemäß § 106 HGB ist die offene Handelsgesellschaft bei dem Gericht ihres Sitzes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung muß von sämtlichen Gesellschaftern bewirkt werden (§ 108 Abs. II HGB). Für den Geschäftsbeschränkten hat sein gesetzlicher Vertreter die Anmeldung vorzunehmen,⁷⁴⁾ der sich als solcher gegenüber dem Registergericht ausweisen muß; bestellte Vertreter (Vormund, Pfleger, Beistand) müssen

71) Vgl. Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 67, 149 und Einl. § 28 Bem. 26, 28; Kipp-Coing § 87 I 2, II 1.

72) Vgl. Kipp-Coing § 87 III 4; Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 162; auch RGR-KomBGB § 1922 Anm. 5d. - Für Übergang vom Erblasser ferner Weiler in DNotZ 1952, 288. Vgl. auch RGZ 170, 392 (394).

73) In welchem Umfange dem Erben die Verwaltungsrechte zuwachsen, ist durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages zu ermitteln. Vgl. zu dieser Streitfrage Hueck, RdOHG, S. 264; Weipert in RGR-KomHGB § 139 Anm. 21.

74) Schlegelberger § 106 Anm. 9, § 108 Anm. 3; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 108 Anm. 1; Hoeniger dortselbst § 12 Anm. 4; Weipert in RGR-KomHGB § 108 Anm. 5; Würdinger dortselbst § 12 Anm. 5; Hueck, RdOHG, S. 61.

ihre Bestallungsurkunde vorlegen.⁷⁵⁾ Im Gegensatz zur Gesellschaftsgründung kann hier der gesetzliche Vertreter zugleich für mehrere Mündel oder sich selbst handeln, da die anmeldenden Gesellschafter ja nicht in gegenseitige Vertragsbeziehungen treten, sondern nur eine ihrer Zahl entsprechende Summe von gleichgerichteten und gleichlautenden Erklärungen verfahrensrechtlicher Art abgeben.⁷⁶⁾

Ist dem Minderjährigen eine Ermächtigung nach § 112 BGB erteilt, so hat er die Anmeldung selbst zu bewirken.⁷⁷⁾

Bei der Eintragung ins Handelsregister wird die Frage bedeutsam, ob der Registerrichter die ordentliche Vertretung des Minderjährigen bei dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages nachprüfen muß. In der Regel braucht der Registerrichter bei einem Eintragungsantrag keine Untersuchungen darüber anzustellen, ob das der Anmeldung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft Gültigkeit besitzt. Ein Prüfungsrecht und dementsprechend auch eine Prüfungspflicht besteht nur da, wo begründete Zweifel gegen die Richtigkeit der einzutragenden Tatsache vorliegen.⁷⁸⁾ Bei der Beteiligung eines Minderjährigen wird jedoch allgemein eine Prüfungspflicht des Registerrichters hinsichtlich dessen ordnungsgemäßer Vertretung mit Recht bejaht,⁷⁹⁾ da insoweit nur die formellen Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes in Frage stehen, die auch sonst der Nachprüfung des Registerrichters unterliegen.

75) Würdinger in RGR-KomHGB § 12 Anm. 5; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 12 Anm. 4.

76) Schlegelberger § 108 Anm. 3; Weipert in RGR-KomHGB § 108 Anm. 5; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 108 Anm. 1. Vgl. auch KGJ 51, 125. Die von Hueck, RdOHG, S. 61 Note 1 angeführte Begründung, es sei kein privatrechtliches Rechtsgeschäft, überzeugt nicht, weil die Vorschriften des Minderjährigenrechts des BGB grundsätzlich auch sonst ihrem Rechtsgedanken nach gelten (vgl. unten S. 62).

77) Schlegelberger § 108 Anm. 3; Weipert in RGR-KomHGB § 108 Anm. 5; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 12 Anm. 4.

78) Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 14 Anm. 12; Würdinger in RGR-KomHGB § 8 Anm. 9, 10; Schlegelberger § 8 Anm. 22 u. 27; KGJ 30A 109; 39 A 122; 41 A 131 und 157.

79) Schlegelberger § 106 Anm. 9; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 106 Anm. 10; KGJ 22 A 280; 23 A 89.

Da außer der Zustimmung bzw. Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu dem Gesellschaftsvertrag erforderlich ist, hat der gesetzliche Vertreter auch diese nachzuweisen. Er muß weiterhin den Nachweis erbringen, daß er dem Vertragsgegner, d. h. allen Mitgesellschaftern, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung mitgeteilt hat, weil mit deren Mitteilung der Vertrag erst Wirksamkeit erlangt (§ 1829 Abs. I S. 2 BGB).⁸⁰⁾ Hat der Registerrichter Bedenken über das Vorliegen dieser Erfordernisse, so kann er nach § 12 FGG Ermittlungen anstellen. Sind die Voraussetzungen nicht dargetan, so hat er die Eintragung abzulehnen.

In das Handelsregister eingetragen wird lediglich der minderjährige Gesellschafter. Nach dem Grundsatz, daß in das Handelsregister eine Rechtstatsache nur einzutragen ist, wenn ihre Eintragung vorgeschrieben ist,⁸¹⁾ hat eine Bemerkung über die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit im Handelsregister zu unterbleiben. Ebensowenig erscheint der Name seines gesetzlichen Vertreters.⁸²⁾ Sofern allerdings dem Mündel die mitgliedschaftliche Vertretungsbefugnis zusteht, hat er die Firma nebst seiner Unterschrift als Vertreter des Mündels bzw. mit dessen Namen bei Gericht zu zeichnen (§ 108 Abs. II HGB).

C. DER MINDERJÄHRIGE IN DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

Die mitgliedschaftliche Stellung eines Teilhabers weist Beziehungen gemeinschaftsrechtlicher und andererseits vermögensrechtlicher Natur auf.⁸³⁾

80) Vgl. KGJ 34 A 49; 38 A 62.

81) RGZ 132, 140; JW 1934, 1730.

82) Würdinger in RGR-KomHGB § 8 Anm. 7; Weipert dortselbst § 106 Anm. 2; Schlegelberger § 8 Anm. 13.

83) So die Einteilung Geilers bei Düringer-Hachenburg Allg. Einl. II 1 Anm. 83 ff., während Heinsheimer (S. 39 ff.) den Vermögensrechten die Verwaltungsrechte gegenüberstellt, die er damit begrifflich sehr weit ausdehnt.

Innerhalb der erstgenannten Gruppe nehmen den weitaus größten Raum die Verwaltungsrechte ein. Sie sollen, entsprechend ihrer Bedeutung im Leben der Gesellschaft und auch für die vorliegende Arbeit, zunächst betrachtet werden.

I. Die Mitverwaltungsrechte und -pflichten des minderjährigen Teilhabers

1. Allgemeines

Da es ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt als Träger des Gesellschaftsvermögens nicht gibt, wirken die Rechtshandlungen der Gesellschaft unmittelbar auch für und gegen den geschäftsbeschränkten Teilhaber. Er wird aus den schuldrechtlichen Geschäften berechtigt und verpflichtet, und die Verfügungen der geschäftsführenden Mitgesellschafter ändern seine Vermögenslage. Bei den Geschäftsabschlüssen handeln diese zugleich in Vertretung für ihn.

Diese Gestaltung verlangt an sich die Anwendung der Bestimmungen des Vormundschaftsrechtes (§§ 1819 ff. BGB). Unmittelbar können diese Vorschriften indessen nicht zum Zuge kommen. Denn der offene Handelsgesellschafter ist, obgleich seine Vertretungsmacht auf dem Gesetz beruht, ⁸⁴⁾ nicht gesetzlicher Vertreter im Sinne des Familienrechts, ⁸⁵⁾ und zwar aus verschiedenerlei Erwägungen. Einmal ist das gesellschaftliche Vertretungsverhältnis in bezug auf den einzelnen Teilhaber demjenigen des Familienrechts nicht vergleichbar; in materieller Hinsicht erman- gelt es dem Vertretenen nicht an der eigenen Handlungsfähigkeit, und in

84) Nach überwiegender Auffassung ist die mitgliedschaftliche Vertretungsbefugnis eine gesetzliche und basiert nicht auf einer Bevollmächtigung im Gesellschaftsvertrag. Vgl. dazu Weipert in RGR-KomHGB § 125 Anm. 7; Wieland, S. 584; Hueck, RdOHG, S. 173 Note 2; Schlegelberger § 125 Anm. 2.

85) Vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 7.

formeller Beziehung wird das Gesellschaftsorgan nicht durch einen förmlichen Gerichtsakt zum Vertreter bestellt. Zum anderen sind die Eigenart und die Stellung der offenen Handelsgesellschaft im Handelsverkehr zu beachten.

Aber auch ihre analoge Heranziehung verbietet sich. Die Belange des kaufmännischen Verkehrs erfordern rasche und sichere Abwicklung der geschäftlichen Beziehungen. Diesem Umstand hat der Gesetzgeber bei der offenen Handelsgesellschaft in besonderer Weise Rechnung getragen (vgl. oben S. 23). Wollte man nun hier an den vormundschaftlichen Beschränkungen festhalten, so würde dies eine unerträgliche Behinderung der Gesellschaft in ihrer Teilnahme am Handelsverkehr bedeuten. Man denke nur an die Wechselzeichnung, ein heute fast alltägliches Geschäft. Die Gesellschaft dürfte immer nur unter Mitwirkung einer behördlichen Instanz tätig werden. Es kann nicht die ganze Gesellschaft, weil ein Minderjähriger daran beteiligt ist, "als selber teilweise minderjährig"⁸⁶⁾ angesehen und unter vormundschaftsgerichtliche Aufsicht gestellt werden. Zwingende handelsrechtliche Grundsätze müssen hier zu einer Verdrängung von allgemeinen den Minderjährigen schützenden Bestimmungen führen.⁸⁷⁾

2. Der nicht ermächtigte Minderjährige

Den Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung bildet der normale Fall der Beteiligung eines in vollem Ausmaße den Beschränkungen des BGB unterliegenden Minderjährigen. Welche Möglichkeiten bestehen, ihm eine mehr oder weniger weitgehende Selbständigkeit zu verschaffen, wird anschließend Gegenstand der Untersuchung sein. - Es ist notwendig, jedes einzelne Recht zu betrachten, damit an Hand der Einzelergebnisse eine Gesamtbetrachtung erfolgen kann.

86) Cosack § 13 Bem. I.

87) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 12; Lehmann, GesR., § 18 III 1; Hueck, RdOHG, S. 193; Weipert in RGR-KomHGB § 125 Anm. 6; Schlegelberger § 125 Anm. 4; RGZ 125, 380.

a) Die Vertretungsbefugnis

Die Vertretung der Gesellschaft bedeutet das Handeln für diese im Rechtsverkehr (§§ 125 - 127 HGB). Da aber Vertretung rechtsgeschäftliches Handeln voraussetzt, ist diese Begriffsbestimmung einzuschränken: Jede Tätigkeit nichtrechtsgeschäftlicher Natur ist nicht Vertretung (sondern bloße Gehilfenschaft).

Die Zurechnung dieser Handlungen hängt nicht davon ab, ob Vertretungsmacht gegeben ist, sondern ob nach der Verkehrsanschauung diese Tätigkeit als für den "Vertretenen" geschehen anzusehen ist. - Die dem öffentlichen Recht angehörigen Rechtshandlungen (Prozeßhandlungen, Handlungen i. S. des FGG und auch gegenüber Verwaltungsbehörden) können hierbei außer Betracht bleiben; sie sind in § 126 Abs. I HGB besonders genannt. - Was in bezug auf die außerhalb der Vertretung liegende Betätigung für die Gesellschaft zu gelten hat, wird bei der Erörterung der Geschäftsführung eingehend zu behandeln sein. Hier stehen nur rechtsgeschäftliche Akte zur Untersuchung, denen allerdings geschäftsähnliche Handlungen (z. B. Mahnung, Fristsetzung, auch Mitteilungen) grundsätzlich gleichzustellen sind. Denn die Rechtswirkung ergibt sich auch bei diesen wie beim Rechtsgeschäft aus der Willensäußerung, obwohl der Wille auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist.⁸⁸⁾

aa) Die Frage, wer die Vertretungsbefugnis des minderjährigen Gesellschafters ausüben, also die in den Vertretungsbereich fallenden Rechtsgeschäfte vornehmen kann, ist bestritten.

Nach der heute herrschenden Meinung⁸⁹⁾ soll der geschäftsbeschränkte Gesellschafter daran gehindert sein, weil er gemäß § 107 BGB nur für ihn lukrative Willenserklärungen abgeben kann. § 165 BGB treffe nicht

88) v. Tuhr II 1 S. 112, 120; Enneccerus-Nipperdey § 207 II.

89) Staub-Pinner § 125 Anm. 1a und § 115 Anm. 1; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 12; Koenige § 125 Anm. 1; Schlegelberger § 125 Anm. 4; Weipert in RGR-KomHGB § 125 Anm. 5; Hueck, RdOHG, S. 190 f.; Lehmann, GesR., S. 102.

zu, weil der minderjährige Teilhaber durch die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte sich zugleich selbst verpflichte (§ 128 HGB). Der gesetzliche Vertreter habe für ihn die Verwaltungsrechte auszuüben. Demgegenüber beruft sich die Gegenansicht⁹⁰⁾ gerade auf § 165 BGB. Der Minderjährige werde nicht in seinem, sondern im Vermögensbereich der Gesellschaft tätig. Das sei die Situation des § 165. Er könne also selbst als Vertreter der offenen Handelsgesellschaft auftreten. Auch Wieland^{90a)} spricht dem beschränkt Geschäftsfähigen die volle Vertretungsbefugnis eines firmierenden Teilhabers zu (d. h. deren Ausübung), aber unter Hinweis auf die Schutzbestimmung des § 126 HGB. Das Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters widerstreite dem Prinzip der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht.

Daß § 165 BGB nicht zutreffen kann, liegt auf der Hand. Beruht doch diese Bestimmung auf dem Gedanken, daß das Handeln für einen anderen das Vermögen des Minderjährigen nicht berührt. Es erscheint schon zweifelhaft, ob das Handeln des Teilhabers im Namen der Gesellschaft als ein rechtsgeschäftliches Tätigwerden lediglich für einen anderen, wie dies in den §§ 164 ff. BGB vorausgesetzt ist, angesehen werden kann. Da die offene Handelsgesellschaft in jeder Beziehung nur als die Zusammenfassung der durch das gesellschaftliche Band zusammengeschlossenen Gesellschafter zu verstehen ist, handelt der namens der Gesellschaft auftretende Gesellschafter zugleich in fremdem (der übrigen Gesellschafter) und in eigenem Namen.⁹¹⁾ Diese Handlung ist notwendig eine einheitliche, da der Gesellschafter nur befugt ist, im Namen der Gemeinschaft tätig zu werden. Damit entfällt § 165 BGB. Doch selbst wer der Gesellschaft die Fähigkeit zuspricht, als selbständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnehmen zu können - ohne damit den Gesamthandscharakter zu leugnen (vgl. oben S. 18 ff.) -, kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß die materiellen Wirkungen der Rechtshandlungen der Organe die Gesellschafter treffen, der Minderjährige also im Hinblick auf

90) Goldmann § 125 Anm. 6; Ritter § 125 Bem 2; Lehmann-Ring § 125 Anm. 4.

90a) S. 597.

91) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 125 Anm. 2; RGZ 74, 300.

das Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand verpflichtet wird.

Es haftet daneben stets das Privatvermögen des Minderjährigen in voller Höhe für die Gesellschaftsschulden (§§ 128 HGB, 421 BGB). Und dieses "Haften" bedeutet nicht etwa nur eine Zugriffsmöglichkeit des Gläubigers, sondern ein rechtliches Leistensollen, ein echtes Schulden.⁹²⁾ Allein aus diesem Grunde kann schon § 165 BGB keine Anwendung finden.

Es ist weiter angeführt worden, der Minderjährige müsse selbst die Gesellschaft vertreten können, weil die vollgeschäftsfähigen Mitgesellschafter ihn ja auch ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters verpflichten könnten.⁹³⁾ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Möglichkeit dritter Personen, den Minderjährigen zu verpflichten, diesen selbst zum Vollgeschäftsfähigen machen soll. Mit dieser Verpflichtungsmöglichkeit der übrigen Gesellschafter hat sich ja der Minderjährige durch seinen gesetzlichen Vertreter einverstanden erklärt, indem dieser beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages mitwirkte, oder hat sie in Kauf genommen wie im Falle des § 139 HGB durch die Wahl der Stellung als persönlich haftender Gesellschafter.

Auch die von Wieland angeführten Gründe vermögen nicht zu überzeugen. Sie kommen aber der Sache weit näher. Wenn er das Prinzip der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht in den Vordergrund rückt, so zeigt dies erneut den Widerstreit zwischen dem Prinzip des Minderjährigenschutzes und anerkannten handelsrechtlichen Grundsätzen. Wieland schießt aber über das Ziel hinaus, wenn er die Vorschrift des § 107 BGB hinter § 126 HGB, der den guten Glauben des Dritten betont, zurücktreten läßt. Das ergibt sich ohne weiteres, wenn man § 107 BGB mit sonstigen den Redlichen schützenden Bestimmungen vergleicht: Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit ist unbeachtlich, der Schutz des Geschäftsunfähigen oder des Geschäftsbeschränkten wird vom Gesetz höher gewertet. Für das Gebiet der Vertretung ergibt sich das schon aus § 179 Abs. III S. 2

92) Hueck, RdOHG, S. 199.

93) Lehmann-Ring a. a. O.

BGB. Nur im Recht der Wertpapiere, wo das Prinzip des guten Glaubens seine stärkste Ausprägung erfahren hat, bestehen gewisse Ausnahmen. Aber selbst dort vermag das Verkehrssicherheitsbedürfnis den Minderjährigen nicht von seinen Fesseln zu befreien. Von ihm kann zwar ein Wechsel oder ein Scheck erworben werden,⁹⁴⁾ der gute Glaube ersetzt aber nur den fehlenden Begebungsvertrag, der beschränkt Geschäftsfähige selbst wird nicht verpflichtet. Weiter wäre hier die Leistung des aus einem Inhaberpapier Verpflichteten an einen minderjährigen Inhaber zu nennen, die jenen von seiner Schuld befreit.⁹⁵⁾ Daß der nicht Vollgeschäftsfähige sich nicht selbst verpflichten kann, ist demnach ein elementarer Satz unseres geltenden Rechtes, der keine Ausnahme verträgt.

Die unhaltbare Schlußfolgerung Wielands hat ihren wahren Grund in dem unrichtigen Ausgangspunkte. Denn § 126 HGB ist lediglich eine Schutzbestimmung in bezug auf die Vertretungsmacht, nicht aber eine allgemeine den Handelsverkehr in jeder Hinsicht privilegierende Norm (vgl. unten S. 80).

Daß diese Auffassung, wonach der Minderjährige die Gesellschaft selbst vertreten darf, nicht richtig sein kann, ergibt sich auch im Hinblick auf das Ergebnis. Jeder Geschäftsbeschränkte (auch der Siebenjährige!) könnte ohne weiteres die Gesellschaft und damit zugleich sich verpflichten. Er könnte deren und sein Vermögen, auch gegen den Willen des Gewalthabers und der Mitgesellschafter, mit allen möglichen Schulden belasten. Da die Vertretungsmacht ja nicht eingeschränkt werden kann, würden interne Abmachungen über den Ausschluß der Vertretungsberechtigung des geschäftsbeschränkten Gesellschafters regelmäßig nichts nützen. Nur wenn der Dritte die fehlende Vertretungsmacht gekannt und in Schädigungsabsicht kontrahiert hätte (Kollusion) oder - wenn man diese Fälle auch hier anerkennen will - infolge Fahrlässigkeit nicht gekannt

94) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wechsel- und Scheckgesetz, 4. Aufl., 1953, Art. 16 Bem. 3 WG und Art. 21 SchG.

95) Vgl. Palandt-Gramm, § 793 Bem. IV.

hätte, könnte ihm der Einwand der Arglist (§ 826 BGB) bzw. der unredlichen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegengehalten werden.⁹⁶⁾ Der Gesellschaft bliebe, um sich vor derartigen Handlungen des minderjährigen Teilhabers zu schützen, nur die Möglichkeit, diesen von der Vertretung auszuschließen (§ 127 HGB). Mit Recht wird auf die Unvereinbarkeit einer solchen Sachlage mit dem Gedanken des § 112 BGB hingewiesen.⁹⁷⁾ Dort wird dem Minderjährigen eine selbständige erwerbsgeschäftliche Betätigung nur auf Grund einer besonderen Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters und mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gewährt. Die Vertretungsmacht des Gesellschafters aber ginge ohne diese weit darüber hinaus. Daß in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichtes zu dem Eintritt des Minderjährigen in die offene Handelsgesellschaft bereits eine Ermächtigung nach § 112 BGB liegt,⁹⁸⁾ ist nicht zu billigen. Das Einverständnis zu dem Beitritt ist nicht stets ein Einverständnis zu persönlicher Verpflichtungsmöglichkeit. Wohl kann mit der Zustimmung zur Teilnahme an der offenen Handelsgesellschaft eine solche Ermächtigung verbunden sein. Dieser Fall wird an späterer Stelle betrachtet werden. Auch versagt diese Konstruktion vollends beim Eintritt kraft Gesetzes.

Andererseits könnte gegen die herrschende Auffassung sprechen, daß die Verwaltungsrechte höchstpersönlicher Natur sind. Das ist ausdrücklich nur für die Geschäftsführung gesagt (§§ 105 Abs. II HGB, 713, 664 Abs. I Satz 1 BGB).^{98a)} Diese kann weder auf einen Dritten übertragen noch durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden.⁹⁹⁾ Für die übrigen Verwaltungsrechte gilt das jedoch in gleicher Weise, da sie alle ihre Grundlage in dem auf persönlichem Vertrauen aufgebauten Gemeinschaftsverhältnis haben. Außerdem wäre zu bedenken, daß sich ein Nichtgesellschafter mit den Geschäften der Gesellschaft befassen darf, ohne daß die

96) Vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 115 Anm. 21.

97) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 12.

98) So Ritter § 125 Anm. 3 und anscheinend Haupt-Reinhardt S. 47.

98a) § 717 BGB verbietet nur die Übertragung und nur der Ansprüche.

99) RGZ 123, 299; Hueck, RdOHG, S. 86.

übrigen Gesellschafter das hindern könnten.¹⁰⁰⁾ Und schließlich ergibt sich die Person des gesetzlichen Vertreters nicht aus dem Handelsregister.

Trotz dieser Bedenken ist ihr zuzustimmen. Die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte durch den gesetzlichen Vertreter hätten die Gesellschafter durch den Ausschluß minderjähriger Teilhaber verhindern können. Die Natur der Verwaltungsrechte kann ihrer Ausübung durch den Gewalthaber auch nicht entgegenstehen. Sie sind nicht höchstpersönlich in dem Sinne, daß sie an bestimmte persönliche Eigenschaften gebunden wären. Da "es sich bei der gesetzlichen Vertretung um die Ergänzung einer Persönlichkeit handelt, deren Wille sich nicht ohne die Hilfe des Vertreters betätigen kann", ist das Handeln des gesetzlichen Vertreters gleichsam nur die Vervollständigung des Willens des beschränkt Geschäftsfähigen. Das Verbot der Ausübung durch einen Dritten trifft daher nicht zu.¹⁰¹⁾

Die Zulassung des gesetzlichen Vertreters zu den Verwaltungsrechten führt allerdings zu gewissen Komplikationen bei der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen, die sich auf das innere Gesellschaftsverhältnis beziehen. Es sei erinnert an die Befugnis der Gesellschaft, einen Gesellschafter wegen einer Pflichtverletzung von der Geschäftsführung und Vertretung oder überhaupt aus der Gesellschaft auszuschließen. Der gesetzlichen Regelung liegt nun einmal, was nicht hinwegzudeuten ist, die Annahme der persönlichen Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zugrunde. Damit ist freilich nicht gesagt, daß das Hinzutreten einer außerhalb stehenden Person verboten wäre. Sonst müßte wegen dieser Schwierigkeiten einem Minderjährigen die Teilnahme an einer offenen Handels-

100) Aus diesen Gründen billigt Gogos (S. 71 f.) die herrschende Lehre nur, wenn der gesetzliche Vertreter am Abschluß des Gesellschaftsvertrages beteiligt war. Anderenfalls soll eine vorzeitige Auflösung gemäß § 133 HGB zulässig sein.

101) Heinsheimer S. 94; ferner Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 114 Anm. 3.

gesellschaft überhaupt versagt werden, was schlechthin nicht möglich ist.¹⁰²⁾ Die Lücke in der gesetzlichen Regelung muß eben ausgefüllt werden durch die allgemeinen Bestimmungen des Minderjährigenrechtes, wobei korrigierend die Eigenheit des Gesellschaftsrechtes zu berücksichtigen ist.

Endlich ist das Handelsregister nicht dazu bestimmt, über die Geschäftsfähigkeit der Gesellschafter Auskunft zu geben. Nur Abweichungen von der gesetzlichen Regel des § 125 Abs. I HGB sind einzutragen.

Die dem Minderjährigen zustehende Vertretungsmacht ist demgemäß von seinem gesetzlichen Vertreter auszuüben. Hat ein Mündel mehrere Vormünder, so üben diese das Vertretungsrecht gemeinschaftlich aus, sofern nicht das Vormundschaftsgericht einen von ihnen mit seiner Wahrnehmung betraut hat (§ 1797 BGB).¹⁰³⁾

Es wäre jetzt zu erörtern, ob der Minderjährige mit Zustimmung des Gewalthabers die Gesellschaft vertreten kann. Das hängt davon ab, ob eine derartige Form der (geteilten) Ausübung der Vertretungsberechtigung sich mit § 126 HGB vereinbaren läßt. Diese Frage - die noch keineswegs beantwortet wurde - soll in anderem Zusammenhang erörtert werden und wird zu bejahen sein (vgl. unten S. 79 f.). Die Gesellschaft kann aber aus besonderen Gründen berechtigt sein, dem Minderjährigen diese Art der Ausübung zu untersagen (siehe unten S. 70 ff.).

bb) Kann nun der gesetzliche Vertreter alle in den Rahmen des § 126 HGB fallenden Rechtshandlungen selbständig vornehmen, oder sind seiner Wirkungsbefugnis irgendwelche Grenzen gesetzt?

Gemäß §§ 1629 Abs. II S. 1, 1795 BGB ist die Vertretung des Kindes bei Rechtsgeschäften zwischen ihm und den dort genannten dem Gewalthaber

102) Ritter § 125 Anm. 3, 4 schließt ihn im Hinblick auf § 126 HGB gänzlich von der Vertretungsmacht aus.

103) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim a. a. O.

nahestehenden Personen nicht zulässig. Das hat auch für die Vertretung der Gesellschaft zu gelten, weil hier der Minderjährige mitvertreten wird. Ebenfalls hat der gesetzliche Vertreter das allgemeine Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) zu beachten. Er kann daher - abgesehen von dem Fall des gleichzeitigen Handelns für die Gesellschaft und einen Dritten, der auch sonst denkbar und verboten ist - weder ein Geschäft im Namen der Gesellschaft mit sich noch mit dem Kinde schließen.¹⁰⁴⁾

Es fragt sich, ob neben diesen personalen Begrenzungen auch sachliche bestehen, d. h. gelten die schon mehrfach erwähnten Vorschriften der §§ 1643, 1819 ff. BGB auch für den Sorgeberechtigten, der für den Minderjährigen die Gesellschaft vertritt?

Ihrer Anwendung steht nicht entgegen, daß der Minderjährige nicht alleiniges Subjekt der fraglichen Rechtsbeziehungen ist. Die Mitberechtigung des Kindes ist hier seiner Alleinberechtigung gleichzubehandeln, wie insbesondere in § 1821 Ziff. 1 BGB der Anteil am Grundstück dem Grundstück gleichgestellt wird.¹⁰⁵⁾ Für den ähnlich liegenden Fall der Beteiligung an einer Erbengemeinschaft ist das ganz allgemein anerkannt.¹⁰⁶⁾ Mag auch der Gesellschafter im Verhältnis zum Erben stärkeren Bindungen unterliegen und das Sondervermögen stärker verselbständigt sein, was sich vor allem in der grundsätzlichen Unveräußerlichkeit seines Vermögensanteils ausdrückt, so rechtfertigt diese Verschiedenheit eine unterschiedliche Anwendung des Vormundschaftsrechtes nicht. Will man etwa allein wegen dieser stärkeren Verklammerung seines Anteils mit dem Sondervermögen den gesetzlichen Vertreter frei schalten und walten

104) Es ist allerdings bestritten, daß bei Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit einem Gesellschafter die Vertretungsregeln - und nicht die der Geschäftsführung - Anwendung finden, doch so die herrschende Meinung, z. B. Hueck, RdOHG, S. 188; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 14. Diese Streitfrage hat indessen keine Bedeutung für die obige Entscheidung.

105) Vgl. KGJ 38 A 219; BayObLG in JW 21, 581; Staudinger-Keidel §§ 1821/1822 Bem. 2a; Kipp-Wolff S. 503 Note 13; RGR-KomBGB § 1821 Bem. 3; Siebert-Soergel § 1821 Bem. 2.

106) Vgl. die in Note 105) angegebenen Fundstellen.

lassen? Dazu besteht kein innerer Grund, denn es bleibt eben doch eine Gesamthandsbeteiligung. Die gegenständlich dingliche Beziehung des einzelnen Teilhabers zu dem ihm gehörigen Anteil ist bei der Erbengemeinschaft wie bei der offenen Handelsgesellschaft die gleiche. Und hier wie dort ist die Frage eines "Anteils" an den einzelnen Vermögensgegenständen offen. Das Gesetz spricht von ihnen sowohl in § 719 als auch in § 2033 BGB. Man kann daher nicht mit der Erklärung, daß es bei der offenen Handelsgesellschaft an solchen Einzelberechtigungen fehle, bei dieser die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für überflüssig erklären und sie für die Erbengemeinschaft fordern.¹⁰⁷⁾ Die Unterschiede der beiden Gemeinschaftsformen äußern sich vielmehr in dem - auf das Sondervermögen bezogenen - Verhältnis des Teilhabers zu seinen Mitberechtigten. Die in diesem Zusammenhang oft zitierte Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 54 S. 278 dürfte als überholt gelten, weil sie das Vermögen der Gesellschaft dieser als einem von den Gesellschaftern gesonderten Subjekt zuschreibt.¹⁰⁸⁾

Das Genehmigungserfordernis entfällt auch nicht im Hinblick auf die für die Teilnahme des Minderjährigen an der Gesellschaft bereits notwendige Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes.¹⁰⁹⁾ Diese enthält keine allgemeine Befreiung fürderhin von den Vorschriften des Vormundschaftsrechtes.¹¹⁰⁾ Eine andere Auslegung wäre für den Minderjährigen sehr gefährlich, weil sich die wirtschaftliche Gestaltung des Unternehmens in keiner Weise vorausschauen läßt. Seine zukünftige Entwicklung hat bei der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nur insofern Bedeutung, als der Vormundschaftsrichter an Hand des Gesellschaftsvertrages

107) So Badewitz S. 39 f. unter Berufung auf RGZ 54, 278.
Vgl. auch Hueck, RdOHG, S. 306.

108) Vgl. dazu die sehr aufschlußreiche Entscheidung in Bd. 65, 227 ff. - S. 230: "Es muß zugegeben werden, daß in der Rechtsprechung des Reichsgerichts die verschiedenen Versuche, für dieses Verhältnis (der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen) einen adäquaten Ausdruck zu finden, zu Definitionen geführt haben, die vielleicht nicht nur in den Worten, sondern in der Sache selbst voneinander abweichen."

109) Vgl. Glitsch S. 191.

110) Anderer Ansicht Schneider in BB 1955, 949 (für den Pfleger).

und der ihm sonst bekannten Tatsachen im Interesse des Minderjährigen das Risiko prüfen muß, das mit seinem Eintritt in die Gesellschaft verknüpft ist. Nur bestimmte Einzelmaßnahmen, die im Gesellschaftsvertrag verankert sind, können - jetzt allgemein für seine Beteiligung gesehen - bereits für die Zukunft als vormundschaftsgerichtlich genehmigt betrachtet werden. Aber auch da ist mit Rücksicht auf die ungewisse Weiterentwicklung vor einer allzu großzügigen Handhabung zu warnen. Die vorgesehenen Maßnahmen müssen wenigstens in ihrem Rahmen bereits festliegen. - Man würde ohnedies in den Fällen in Schwierigkeiten geraten, in denen der Minderjährige ohne die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes zum Teilhaber wird (z. B. nach § 139 HGB oder wenn die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit erst nach der Gesellschaftsgründung eingetreten ist).

Gleichwohl können die erwähnten Bestimmungen hier, in bezug auf die Verwaltungsrechte, keine Anwendung finden,¹¹¹⁾ und zwar aus denselben Gründen, wie sie für die Beurteilung der Tätigkeit der Mitgesellschafter maßgebend waren (oben S. 42). Die Erfordernisse des Handelsverkehrs, um deren willen ja auch das Gesellschaftsvermögen seine größere Selbständigkeit erhielt, sind ausschlaggebend. Die Abhängigkeit auch nur eines Teilhabers von den vormundschaftlichen Bestimmungen würde die Gesellschaft in ihrer Beweglichkeit unzulässig hemmen. Der gesetzliche Vertreter ist darum nicht an die im BGB aufgestellten Schranken seiner Vertretungsmacht gebunden. Das gilt selbst von dem Schenkungsverbote des § 1641 bzw. 1804 BGB.¹¹²⁾

cc) Was das Ausmaß dieser Freistellung angeht, so kommt es nicht darauf an, mit wem die Gesellschaft kontrahiert, ob mit einer dritten Person oder mit einem ihrer Gesellschafter. Denn auch bei Rechtsgeschäften mit einem Teilhaber handeln für die Gesellschaft deren vertretungs-

111) Herrschende Meinung, vgl. die in Note 87) angegebenen Fundstellen.

112) RGZ 125, 380.

berechtigte Organe.¹¹³⁾

Das gleiche gilt bezüglich des Zusammenhangs, in dem das betreffende Geschäft zu dem betriebenen Gewerbe steht. Es ist nicht notwendig, daß die Rechtshandlung im Ablauf des Betriebsgeschehens entstanden ist und dem verfolgten Erwerbszweck dient. Auch sonstige aus betriebsfremden Motiven vorgenommene Geschäfte der Gesellschaft unterliegen nicht den vormundschaftlichen Beschränkungen. Die für deren Wegfall angeführten Gründe treffen zwar für solche Nicht-Betriebsgeschäfte an sich nicht zu. Doch wird man im Hinblick auf § 126 HGB, der über die eigentlichen Betriebsgeschäfte hinausgreift, und unter Heranziehung des dort verankerten Gedankens der umfassenden Vertretungsmacht des Gesellschafters in demselben Umfange das Zurücktreten der beschränkenden Bestimmungen des BGB annehmen müssen.¹¹⁴⁾ Bei anderer Ansicht käme man hier zu einer unerfreulichen Differenzierung innerhalb der gesetzlichen Vertretungsmacht des Gesellschafters.

Jedoch wird man aus einem anderen Grunde eine Einschränkung machen müssen. Denn man bedenke, daß die gesellschaftliche Vertretungsmacht zum Beispiel auch zu der Veräußerung des gesamten Gesellschaftsvermögens befähigt, sofern nur nicht die Firma mitveräußert wird.^{114a)} Auch

113) Siehe Note 104). Bei anderer Auffassung würde das Problem bei der Geschäftsführung auftauchen und dort in gleichem Sinne zu entscheiden sein. - Die actio pro socio ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung, da die Entgegennahme der geschuldeten Leistung nicht unter §§ 1821, 1822 BGB fallen wird. Sollte dies ausnahmsweise der Fall sein, z. B. bei Einbringung eines Grundstücks gegen geringes Entgelt, so ist auch hier eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht für erforderlich zu erachten; in dem angeführten Beispiel schon deshalb, weil die Beitragsleistung meist durch die Genehmigung des Gesellschaftsvertrages bereits erfaßt ist.

114) Das Reichsgericht bejaht dies in Bd. 125, 380 ohne nähere Untersuchung, wie es überhaupt für seine Ansicht - von der angeführten Entscheidung in Bd. 54, 278 abgesehen - keine Begründung gibt.

114a) So jedenfalls die herrschende Meinung, vgl. Weipert in RGR-Kom-HGB § 126 Anm. 3; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 3; Schlegelberger § 126 Anm. 9; Hueck, RdOHG, S. 185; Wieland S. 591.

kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter das Unternehmen in eine andere Gesellschaft, etwa eine Aktiengesellschaft, einbringen oder einem Syndikat oder Kartell beitreten.¹¹⁵⁾ Allerdings sind solche Geschäfte nicht von der Geschäftsführungsbefugnis gedeckt, und es muß daher ein zustimmender Beschluß sämtlicher Gesellschafter vorliegen, wenn der handelnde Gesellschafter sich nicht gegenüber seinen Mitgesellschaftern schadensersatzpflichtig machen will. Angesichts dieser drohenden Ersatzpflicht wird eine eigenmächtige Geschäftsführung nicht häufig vorkommen. Die Handlungsfreiheit der Mitgesellschafter des Minderjährigen, die auch hier nicht eingeeengt werden kann, führt darum zu keiner wesentlichen Bedrohung für seine Teilhaberschaft. Dagegen ist anzunehmen, daß sein gesetzlicher Vertreter insoweit - als einzige Ausnahme - nicht die gleiche Selbständigkeit genießt. Bei der Abstimmung über eine beabsichtigte Geschäftsveräußerung kann er nämlich nicht von sich aus der Veräußerung zustimmen, sondern muß die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes hierzu einholen, weil der notwendige Verlust der Teilhaberschaft des Geschäftsbeschränkten die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts i. S. des § 1822 Ziff. 3 BGB darstellt.¹¹⁶⁾ Ohne diese Zustimmung ist es daher dem gesetzlichen Vertreter nicht möglich, das Unternehmen kraft seiner Vertretungsmacht zu veräußern; er ist im Außenverhältnis ebenfalls gebunden.¹¹⁷⁾ Das gilt für alle Rechtshandlungen, die eine Unternehmensveräußerung zum Gegenstand haben oder ihr gleichkommen. Inwieweit das Firmenrecht dabei berührt wird, kann keine Rolle spielen.

Die Befreiung von den Schranken des Vormundschaftsrechtes findet jedoch auch an der Vertretungsmacht ihre Grenze. Rechtsgeschäfte außerhalb der gesetzlichen Vertretungsbefugnis sind also nach dem Recht des

115) Vgl. a. a. O. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Schlegelberger, Hueck, Wieland; Weipert in RGR-KomHGB § 126 Anm. 4.

116) Vgl. RGZ 122, 370. Es handelte sich dort jedoch nur um die Beziehungen im Innenverhältnis (der Minderjährige schied gegen Abfindung aus der OHG aus). - Zu dem Innenverhältnis siehe unten S. 65.

117) Anderer Ansicht offensichtlich Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 12, im Gegensatz zu § 145 Anm. 14.

BGB zu beurteilen. Hierhin gehören diejenigen Rechtshandlungen, die unmittelbar die Grundlagen der Gesellschaft antasten, wie die Veräußerung des Unternehmens mit dem Recht der Firmenfortführung oder Rechtshandlungen, die die Entziehung zur Befugnis der Geschäftsführung oder Vertretung (§§ 117, 127 HGB) oder den Ausschluß eines Gesellschafters (§ 140 HGB) betreffen,¹¹⁸⁾ sowie der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit einer anderen offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, an der sich die eigene Gesellschaft als Gesellschafterin beteiligt.¹¹⁹⁾ Da diese Geschäfte jedoch die Gesellschaft ohnehin nicht binden, hat das Fehlen einer notwendigen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung keine Bedeutung. Es wäre nur dann von Einfluß, wenn die Gesellschaft das betreffende Geschäft auf Grund eines von ihr veranlaßten Rechtsscheins einer Bevollmächtigung des handelnden Gesellschafters gegen sich gelten lassen müßte. - Von dem Innenverhältnis wird bei der Betrachtung des Stimmrechts zu handeln sein.

b) Die Geschäftsführung

Das für die Vertretung Gesagte gilt zu einem großen Teil für die Geschäftsführung entsprechend.

Soweit diese rechtsgeschäftliche Handlungen erforderlich macht - jede Vertretungshandlung ist notwendig zugleich ein Akt der Geschäftsführung¹²⁰⁾ -, scheidet eine Ausübung durch den Minderjährigen selbst aus.

Die Geschäftsführung kann auch, da sie jede auf die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit umfaßt, in rein tatsächlichen

118) Vgl. hierzu Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 3.

119) Nach der überwiegenden Lehre im Schrifttum ist die Beteiligung zulässig. Vgl. näher Hueck, RdOHG, S. 16.

120) Der sachlichen Zugehörigkeit nach, wovon die Frage der Befugnis zur Vornahme der Handlung zu unterscheiden ist; fehlt diese, so liegt im Innenverhältnis Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) vor.

Handlungen bestehen. Als solche sind beispielsweise die Führung der Bücher, Erledigung von Korrespondenzen, Werbetätigkeit, Fabrikation, Organisation u. ä. zu nennen. Ob der Geschäftsbeschränkte in diesem Rahmen die Geschäfte der Gesellschaft führen kann, bleibt zu untersuchen.¹²¹⁾

Die Entscheidung hängt davon ab, ob auf diese Handlungen ebenfalls das Prinzip des § 107 BGB anzuwenden ist.

§ 107 BGB setzt ein rechtsgeschäftliches Handeln, die Abgabe einer Willenserklärung voraus. Darunter versteht das Gesetz eine auf einen rechtlichen Erfolg gerichtete Willensäußerung.

aa) Der rechtliche Erfolg kann hier nur in dem Eintritt der Erfüllungswirkung (§ 362 Abs. I BGB) hinsichtlich der Geschäftsführungspflicht des Gesellschafters bestehen. Erfüllung aber bedeutet den Untergang des Anspruchs des Gläubigers und der entsprechenden Verpflichtung des Schuldners. Diese Folge tritt ohne Zweifel nicht ein mit der Führung der Geschäfte. Der Anspruch der Gesellschaft - der als einheitlicher Gesamtanspruch und nicht etwa als eine Unzahl nacheinander fällig werdender Einzelansprüche aufzufassen ist¹²²⁾ - besteht nach wie vor. Es liegt auch

121) Im Schrifttum ist diese Frage kaum erörtert. Es wird zwar durchweg die Auffassung vertreten, der gesetzliche Vertreter habe für den Minderjährigen die Geschäftsführungsbefugnis auszuüben, wobei aber offen gelassen ist, ob das ausnahmslos zu gelten hat und aus welchen Gründen dem beschränkt Geschäftsfähigen die persönliche Wahrnehmung stets zu versagen ist. Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 114 Anm. 3; Weipert in RGR-KomHGB § 114 Anm. 6; Wieland S. 572 Note 47; Koenige Vorbem. 3 vor §§ 114 - 117; Schlegelberger § 114 Anm. 4; RGZ 123, 289 (299). Auch Hueck, RdOHG, S. 192 berührt die hier zu entscheidende Frage nicht. Er erörtert die "Übernahme" der Geschäftsführungsbefugnis, wobei unklar bleibt, welcher Vorgang damit gemeint ist. Sollte die im Gesellschaftsvertrag enthaltene oder auch spätere vereinbarte - im Gegensatz zur gesetzlichen (§ 114 Abs. I HGB) - Begründung der Geschäftsführungspflicht und -berechtigung gemeint sein, so ist ihre Genehmigungsbedürftigkeit selbstverständlich. Ist die Geschäftsführungsbefugnis aber einmal begründet, so bedarf es zu ihrer Ausübung keines weiteren Aktes (den man als Übernahme bezeichnen könnte). - Ebenso beschränkt sich Badewitz (S. 65 ff.) im wesentlichen auf die rechtsgeschäftliche Seite.

122) RGZ 136, 431.

keine Teilerfüllung im üblichen Sinne vor. Der Schuldner wird nicht allmählich befreit durch eine Summe von Einzelleistungen. Seine künftige Leistungsverpflichtung wird in keiner Weise vermindert. Das ergibt sich aus dem Charakter seiner Verpflichtung als einer Dauerschuld. Das Dauerschuldverhältnis ist gerade "darauf angelegt, eine konstante Wirkungskraft zu äußern";¹²³⁾ es geht seinem Inhalte nach auf ein fortgesetztes positives Tun während eines bestimmten Zeitraumes. Hieraus hat O. v. Gierke¹²⁴⁾ den Schluß gezogen, daß die Dauerschuld nicht durch Erfüllung, sondern durch Zeitablauf erlischt. Mit dem Ablauf der Zeit, während der geleistet werden sollte, geht nach seiner Auffassung das Forderungsrecht unter, gleichgültig ob erfüllt ist oder nicht.

Demgemäß müßte der Geschäftsführung des Gesellschafters jede rechtliche Wirksamkeit abgesprochen oder ihre negative Wirkung, die Verhinderung der Entstehung etwaiger Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung, als die allein mit ihr verbundene Rechtsfolge angesehen werden. Das gesteht Gierke indes nicht ein; obwohl er im Zeitablauf den "normalen" Beendigungsgrund erblickt, spricht er von einer dauernden Erfüllung des Schuldners.¹²⁵⁾

In Wahrheit handelt es sich auch hier um eine echte Tilgungswirkung. Das Wesen der Dauerschuld besteht darin, daß sie einen bestimmten Leistungsgegenstand während eines ganzen Zeitraumes erfaßt. Ihr Inhalt - und darin unterscheidet sie sich von der gewöhnlichen Verpflichtung - hat notwendig zwei Dimensionen: eine objektiv-gegenständliche und eine räumlich-zeitliche. Daraus ergeben sich die Besonderheiten ihrer Leistungsverwirklichung. Die Bewirkung der einzelnen Leistung vermag den Inhalt des Anspruchs nur in seiner letzteren Richtung zu verändern; sie verringert ihn nicht seinem Gegenstande, wohl aber seiner räumlichen Ausdehnung nach. Sie vermindert das in diesem Ausmaß

123) O. v. Gierke S. 359.

124) S. 359 ff.

125) S. 363 ff.

begriffene Leistungsgebot. Es ist eine Teilerfüllung nicht in qualitativer, sondern in quantitativer Hinsicht. Und diese - nur bei der dauernden Schuld mögliche - Art verzehrender Einwirkung auf den Bestand des Anspruchs durch das dem rechtlichen Sollen gemäße Handeln wird man sehr wohl als eine Erfüllung i. S. des § 362 Abs. I BGB ansehen können.¹²⁶⁾ In seiner anderen Richtung endet der Anspruch freilich mit dem Eintritt des bestimmten Endtermins.

Mit der Geschäftsführung ist demzufolge der Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge, der Erfüllungswirkung in dem angegebenen Sinne, verbunden.

bb) Damit ist lediglich die rechtliche Erheblichkeit der Geschäftsführungshandlung festgestellt. Rechtsgeschäft ist sie nur, wenn die Erfüllungswirkung durch eine rechtliche Willensäußerung, in Verbindung mit der tatsächlichen Leistung, ausgelöst wird. Ob nun die Erfüllung einen rechtsgeschäftlichen Leistungswillen des Schuldners oder gar einen besonderen Erfüllungsvertrag voraussetzt, ist bestritten. Nach überwiegender Auffassung¹²⁷⁾ ist in bezug auf Leistungen tatsächlicher Natur - nur um solche handelt es sich hier - ein rechtsgeschäftlicher Wille weder auf seiten des Schuldners noch des Gläubigers erforderlich. Dieser Auffassung ist, ohne daß dieser schwierigen Frage im einzelnen nachzugehen möglich wäre, zuzustimmen. Denn es kann nicht geleugnet werden, daß in vielen Fällen die bloße Leistungserbringung den Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit. Wer an dem rechtsgeschäftlichen Charakter der Erfüllung festhält,¹²⁸⁾ ist gezwungen, diese Fälle entweder unter den Gesichtspunkt der Zweckerreichung¹²⁹⁾ zu bringen oder aber ihre Erfüllung nach Treu und

126) Vgl. auch Enneccerus-Lehmann § 60, Note 2.

127) Enneccerus-Lehmann § 60 II 1; Staudinger-Werner Vorbem. 1 vor §§ 362 ff.; Warneyer § 362 Bem. I; RGR-KomBGB § 362 Bem. 2; Siber S. 119; Esser, SchuldR., S. 112 f. - Heck (S. 172) will die Interessenlage entscheiden lassen.

128) Manigk S. 410 ff.; Kress S. 448 f.

129) Vgl. dazu Enneccerus-Lehmann § 60 I.

Glauben (§ 242 BGB) zu beurteilen, d.h. den Schuldner und unter Umständen auch den Gläubiger so zu behandeln, als ob er seinen (rechtsgeschäftlichen) Erfüllungs- bzw. Annahmewillens erklärt hätte.¹³⁰⁾ Damit ist aber das Erfordernis der Erklärung eines besonderen Tilgungswillens und seiner Annahme schon halbwegs preisgegeben. Die Erfüllung von Unterlassungspflichten kann nach dieser Auffassung nur mit gekünstelt anmutenden Konstruktionen erklärt werden. In Wirklichkeit wird der Schuldner durch sein negatives Verhalten befreit. Die Möglichkeit des Schuldners, seiner Leistung durch abweichende Bestimmungserklärung einen anderen Zweck als den der Schuldnerfüllung zu geben, beweist noch nicht, daß stets ein rechtsgeschäftliches Verhalten notwendig ist. "Das Erlöschen der Schuld ist nicht Willens-, sondern Tatbestandswirkung;"¹³¹⁾ das Gesetz knüpft die Rechtsfolge der Erfüllung an den Eintritt des tatsächlichen Erfolges.

Danach steht die Geschäftsbeschränktheit des Schuldners seiner wirksamen Leistungserbringung nicht entgegen. Es geht auch nicht an, die §§ 107 ff. BGB auf reine Tathandlungen entsprechend anzuwenden¹³²⁾ und auf diesem Umwege die volle Geschäftsfähigkeit zu fordern. Die in Rede stehenden Handlungen sind allerdings Maßnahmen einer Geschäftsführung, und es fragt sich daher, ob nicht unter solchen Umständen eine sinngemäße Heranziehung des § 682 BGB geboten ist. In dieser Vorschrift wird für das Gebiet der auftraglosen Geschäftsführung das Handeln des Geschäftsführers hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit dem Rechtsgeschäft gleichgestellt. Indes, die Bestimmung ist aus der Eigenart der gesetzlichen Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag zu verstehen. Deren geschäftsähnlicher Charakter sowie der sehr umfassende Pflichtenkreis des ohne Auftrag handelnden Geschäftsführers waren dem Gesetzgeber Grund genug, den Minderjährigen von der Haftung (nach §§ 677 ff. BGB) auszunehmen. Als Ausnahmebestimmung solcher Art läßt sich die Vorschrift nicht ohne weiteres entsprechend auf andere Geschäftsführungs-

130) Manigk a. a. O. spricht von "Erklärungsfahrlässigkeit".

131) Siber a. a. O.

132) Vgl. v. Tuhr II 1 S. 361 f.; Enneccerus-Nipperdey § 207 III.

maßnahmen anwenden. Es sind aber auch die Handlungen des Gesellschafter-Geschäftsführers sämtlich nur Vollzugsakte in einem bestehenden, rechtsgeschäftlich wirksam begründeten Schuldverhältnis, während § 682 BGB gerade die Entstehung des Schuldverhältnisses selbst verhindern will. Die beiden Tatbestände sind sonach nicht miteinander vergleichbar, was eine analoge Rechtsanwendung ausschließt.

Aber selbst bei anderer Ansicht könnte die hier zu treffende Entscheidung nicht anders ausfallen. Denn die Erfüllung seiner Geschäftsführungspflicht ist dem Minderjährigen nur vorteilhaft. Als rechtliche Nachteile könnten in Betracht kommen etwaige Schadensersatzverpflichtungen wegen Schlechterfüllung (§§ 276, 325, 326 BGB), die Schmälerung seiner Geschäftsführungsbefugnis und der Verlust seines Geschäftsführungsanspruchs. Da, wie wir gesehen haben, nur die unmittelbar mit der betreffenden Erklärung verbundenen Nachteile bedeutsam sind, scheiden alle nachteiligen Folgen aus, die aus einer Verletzung von Pflichten (schuldrechtlicher, allgemein zivilrechtlicher, strafrechtlicher oder sonstwie öffentlich-rechtlicher Natur) resultieren,¹³³⁾ weil diese sich auf einen von der Erklärung verschiedenen Tatbestand gründen. Der Verlust der Befugnis, die Geschäfte zu führen - wenn überhaupt davon die Rede sein kann, dann nur im Sinne der erwähnten, der Dauerschuld eigentümlichen Art einer sukzessiven Verringerung -, ist ebenfalls ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Erklärung. Daß ihre Einbuße unerheblich ist, ergibt sich aus § 165 BGB.

Schließlich entfällt auch der Untergang eines Geschäftsführungsanspruches. Einen solchen Anspruch des Gesellschafters - darauf, daß ihm die Möglichkeit gewährt wird, alle zur Geschäftsführung zu rechnenden Handlungen vorzunehmen - wird man mit Rücksicht auf den Gesetzeswortlaut ("berechtigt und verpflichtet") anerkennen müssen.¹³⁴⁾ Seine Verwirklichung liegt

133) Anderer Ansicht Badewitz S. 93.

134) Lehmann-Ring § 114 Nr. 4; Wieland S. 562; Weipert in RGR-Kom-HGB § 114 Anm. 5; RG in JW 1936, 235 Nr. 8.

aber außerhalb und bereits vor den einzelnen Geschäftsführungshandlungen.

In jedem Falle ist der Minderjährige nicht gehindert, die Geschäftsführung in dem bezeichneten Rahmen wirksam, d.h. mit erfüllender Wirkung, auszuüben.

cc) Die Führung der Bücher nimmt gegenüber den sonstigen nichtrechtsgeschäftlichen Akten eine besondere Stellung ein. Sie soll darum kurz gesondert betrachtet werden.

Zur Buchführung ist der Minderjährige aus mehrfachem Grunde verpflichtet: schuldrechtlich gegenüber der Gesellschaft, sofern diese Pflicht nicht gerade ausgeschlossen ist, und öffentlich-rechtlich gemäß § 38 HGB, nach Steuerrecht (§§ 160 RAO ff.) und unter Umständen nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung. Die handelsrechtliche Verpflichtung trifft ihn, weil er wie jeder offene Handelsgesellschafter¹³⁵⁾ Kaufmann ist, soweit der Betrieb des Handelsgewerbes reicht. Zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft ist, ebenso wie für das Gesellschafterwerden, Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich.¹³⁶⁾ Die Kaufmannseigenschaft setzt auch nicht die selbständige Führung der Geschäfte voraus. Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe i. S. der §§ 1 ff. HGB betreibt. Unter dem Wort "Betreiben" versteht das Gesetz weniger eine tatsächliche als eine rechtliche Beziehung des Inhabers zu dem Handelsgeschäfte. Da der Minderjährige aus den im Betriebe abgeschlossenen Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, betreibt er das Gewerbe, eben durch seinen gesetzlichen Vertreter, der in seinem Namen handelt, was bei der Vertretung des minderjährigen Teilhabers nur nicht deutlich wird.¹³⁷⁾

135) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 19 f.; Haupt-Reinhardt S. 43; Düringer-Hachenburg-Geiler § 1 Anm. 6; § 6 Anm. 8.

136) Glitsch S. 189 f.; Schlegelberger § 1 Anm. 5; Düringer-Hachenburg-Geiler Bd. I Allg. Einleitung S. 128.

137) Vgl. Schlegelberger § 1 Anm. 20; RG in JW 1935, 947 = RGSt 69, 68. - Das schließt nicht aus, daß dem gesetzlichen Vertreter aus seiner Tätigkeit auf bestimmten Gebieten eigene Funktionen und evtl. Verpflichtungen erwachsen, wie z. B. als Arbeitgeber (vgl. Nikisch S. 122).

Die Kaufmannseigenschaft besteht unabhängig von der Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.¹³⁸⁾ Daher wird der von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossene oder durch eine interne Regelung von der Buchführung freigestellte Gesellschafter nicht von seiner öffentlich-rechtlichen Buchführungspflicht befreit.¹³⁹⁾ Ihm obliegt dann wenigstens eine Überwachungs- und Kontrollpflicht. Er hat dafür zu sorgen, daß die Bücher tatsächlich ordnungsgemäß geführt werden. Fehlt ihm zur Ausübung dieser Kontrollpflicht die nötige Sachkunde, so muß er geeignete Hilfspersonen zu Rate ziehen. Auch sind Inventar und Bilanz von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen (§ 41 HGB).

Hinsichtlich der zivilrechtlichen Seite ergibt sich die Zulässigkeit der selbstständigen Ausübung durch den Minderjährigen aus dem zur Geschäftsführung Gesagten. Es sind aber auch keine Gründe ersichtlich, weshalb er nicht seiner öffentlich-rechtlichen Buchführungspflicht sollte genügen können. Tatsächliche Handlungen kann der nicht Vollgeschäftsfähige im öffentlichen Recht grundsätzlich ebensogut vornehmen wie im privaten Recht. Selbst wer in der Erfüllung der (öffentlich-rechtlichen) Buchführungspflicht einen geschäftsähnlichen Akt erblickt, kann die Ausübungsmöglichkeit durch den Minderjährigen nicht verneinen. Die Vorschriften des BGB über die Geschäftsfähigkeit sind im öffentlichen Recht ihrem Rechtsgedanken nach anzuwenden, soweit eine spezialgesetzliche Regelung nicht besteht und die Art des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses der sinngemäßen Anwendung nicht widerstrebt.¹⁴⁰⁾ Für das Steu-

138) Hueck, RdOHG, S. 20; Düringer-Hachenburg-Geiler § 1 Anm. 6 und § 6 Anm. 8; Haupt-Reinhardt S. 43.

139) Lehmann bei Düringer-Hachenburg § 38 Anm. 6; Flechtheim dortselbst § 114 Anm. 7; Staub-Bondi § 38 Anm. 3. Wohl ebenso Schlegelberger § 38 Anm. 1 und § 114 Anm. 7. Vgl. ferner RGSt 45, 387. Teils abweichend Würdinger in RGR-KomHGB § 38 Anm. 7.

140) Forsthoff S. 153 ff. Vgl. ferner Peters S. 134 und 158. - Freilich ist auch gelegentlich, wie z. B. im Prozeßrecht, eine partielle Handlungsfähigkeit kraft Gesetzes ausgeschlossen. Für das materielle öffentliche Recht besagt dies aber nichts, da dieses nach Analogie zu dem des Privatrechts zu behandeln ist und nicht nach dem Verfahrensrecht.

erreicht ist ihre Anwendung in § 102 RAO ausdrücklich vorgeschrieben. Die Erfüllung seiner Buchführungspflicht ist aber dem Minderjährigen nur vorteilhaft. Daß die Möglichkeit strafrechtlicher Verantwortung (§§ 239 Abs. I Ziff. 3 u. 4, 240 Abs. I Ziff. 3 u. 4 KO) nicht als rechtlicher Nachteil gelten kann, wurde bereits gesagt.¹⁴¹⁾

Der gesetzliche Vertreter ist verpflichtet, für die ordentliche Buchführung Sorge zu tragen.¹⁴²⁾ Er hat also, unbeschadet einer Verantwortlichkeit des Minderjährigen selbst, für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Pflicht einzustehen. Gesetzlich festgelegt ist diese Doppelhaftung wiederum im Steuerrecht (§ 103 RAO). Die genannten strafrechtlichen Vorschriften finden allerdings auf den gesetzlichen Vertreter keine Anwendung, er ist nicht Schuldner. Da auch die allgemeine Strafandrohung in § 21 des Wirtschaftsstrafgesetzes vom 26. 7. 1949 (WiGBI. S. 193) inzwischen außer Kraft gesetzt ist, unterliegt er dem Strafwang nur aus steuerlichen Gründen.

Zusammenfassend läßt sich also für die gesamte Geschäftsführung feststellen: Soweit Rechtsgeschäfte vorzunehmen sind, hat der gesetzliche Vertreter bzw. mit seiner Zustimmung der Minderjährige zu handeln; im übrigen kann dieser selbständig tätig werden. Wie dieses Ergebnis, das auf den ersten Blick befremdet, mit den gesellschaftlichen und vor mundschaftlichen Interessen in Einklang zu bringen ist, soll an späterer Stelle erörtert werden.

c) Stimmrecht und Widerspruchsrecht

Neben Geschäftsführung und Vertretung hat der Gesellschafter weitere wichtige Verwaltungsrechte, so das Stimmrecht und das Widerspruchsrecht.

141) Anders Badewitz S. 93.

142) Staub-Bondi § 38 Anm. 3. Sachlich wohl ebenso Würdinger in RGR-KomHGB § 38 Anm. 5; Koenige § 38 Bem. 3; Heymann-Kötter § 38 Bem. 1; Fischer, Die kaufmännischen Bücher, S. 477, die sämtlich die Pflicht aus § 38 HGB dem gesetzlichen Vertreter zusprechen.

aa) Jeder geschäftsführende Gesellschafter hat das Recht, der Vornahme einer beabsichtigten Geschäftsführungshandlung zu widersprechen (§ 115 Abs. I, 2. Halbs. HGB). Der Widerspruch selbst ist eine Willenserklärung. Da sich seine Wirkung darin erschöpft, die Befugnis zur Vornahme des betreffenden Geschäfts auszuschließen, ist man versucht, ihn als weder vor- noch nachteilig im Sinne des § 107 BGB anzuerkennen und damit der lukrativen Willenserklärung gleichzustellen. In Wahrheit schmälert der Widerspruch den Anspruch des Widersprechenden gegen die geschäftsführenden Mitgesellschafter^{142a)} auf ihr Tätigwerden als Geschäftsführer in bezug auf den betreffenden Gegenstand. Diese sind jetzt insoweit nicht mehr zur Geschäftsführung verpflichtet. Der geschäftsbeschränkte Teilhaber vermag somit sein Widerspruchsrecht nicht wirksam auszuüben.¹⁴³⁾

bb) Nicht anders liegt die Sache beim Stimmrecht.¹⁴⁴⁾ Die von der Gesellschaft zu fassenden Beschlüsse können ganz verschiedenen Inhalt haben. Das Gesetz schreibt zur Vornahme bestimmter Handlungen vielfach einen Gesellschafterbeschluß vor, z. B. für die Vornahme ungewöhnlicher Geschäfte, zur Erteilung einer Prokura (§ 116 Abs. II, III HGB), zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen einen Gesellschafter (§ 113 Abs. II HGB), zur Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis (§§ 117, 127 HGB) usf. Darüber hinaus ist ein solcher für jede Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderlich.

Es ist klar, daß die Änderung des Gesellschaftsvertrages oder gar die Auflösung der Gesellschaft (§ 131 Ziff. 2 HGB) für den minderjährigen Teilhaber nicht lukrativ sein können, da sie die bestehenden Rechtsbeziehungen unmittelbar ändern. Aber auch die sonstigen, zumeist auf die

142a) Zumindest in der Form des Sozialanspruchs.

143) Im Ergebnis ebenso Badewitz S. 69.

144) Daß die Stimmabgabe eine Willenserklärung i. S. des Allg. T. des BGB ist, wird zwar bestritten, ist aber durchaus herrschende Meinung: Hueck, RdOHG, S. 113; Würdinger, Gesellschaften, S. 54; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 119 Anm. 5; Staudinger-Geiler § 709 Bem. IV 4. Anders J. v. Gierke S. 175.

Geschäftsführung bezüglich den Beschlüsse berühren die Rechte des mitstimmenden Minderjährigen. Ob dabei der mit der Ausübung verbundene Verlust des Stimmrechts selbst als rechtlicher Nachteil anzusehen ist, mag dahingestellt sein. Jedenfalls wird durch den wirksamen Beschluß eine Bindung¹⁴⁵⁾ des Geschäftsbeschränkten gegenüber den nunmehr zur Vornahme der betreffenden Handlung befugten Gesellschaftern geschaffen. Denn die Stimmabgabe kann nur aus wichtigem Grunde widerrufen werden und nur solange, als die betreffende Maßnahme noch nicht ausgeführt ist.¹⁴⁶⁾ Diese Gebundenheit ist im Minderjährigenrecht der Verpflichtung gleichzuachten, womit die Annahme eines für den Geschäftsbeschränkten rechtlich indifferenten Rechtsgeschäftes entfallen muß.¹⁴⁷⁾ Auch würde sonst der nicht vollgeschäftsfähige Teilhaber in der Lage sein, seine Mitgesellschafter in bezug auf seine Person in eine rechtliche Position zu bringen, die er selbst auf Grund seiner Minderjährigkeit nicht besitzt. Es kann aber niemand mehr rechtliche Fähigkeiten übertragen, als er selbst hat.

Die Frage, wie weit bei Beschlüssen eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes geboten ist, läßt sich dagegen nicht einheitlich beantworten. Hier gewinnt der Gegenstand der Beschlußfassung Bedeutung. Handelt es sich um eine Maßnahme, die durch eine Handlung der vertretungsberechtigten Organe auszuführen ist, so unterliegt die Beschlußfassung, soweit die Vertretungsbefugnis des § 126 HGB reicht, nicht den vormundschaftlichen Beschränkungen. Denn die Gründe, die für deren Wegfall bestimmend waren (vgl. oben S. 52), sind es in gleicher Weise für die vorangehende innere Willensbildung. Die Gesellschaft würde sonst doch, auf diesem Wege, zu einem schwerfälligen und oft handlungsunfähigen Organismus werden. Die unterschiedliche Regelung von Außen- und Innenverhältnis im Gesetz und die Rückführung der Eigenmächtigkeit des einzelnen Gesell-

145) I. e. die der Geschäftsführungsbefugnis entsprechende passive Seite beim Auftraggeber, vgl. v. Tuhr I S. 170.

146) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 105.

147) Heinsheimer S. 95 versagt ihm die Ausübung des Stimmrechts allgemein, Hueck, RdOHG, S. 106 und Badewitz S. 67 für die Regel.

schafters zugunsten der Gemeinschaft bei letzterem bilden demgegenüber keine durchschlagenden Argumente. Es ist in diesem Zusammenhang ein wesentlicher Unterschied, ob ein Gesellschafter lediglich die Zustimmung seiner Teilhaber braucht oder darüber hinaus noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Nur in einem Punkte gilt eine Ausnahme, nämlich dann, wenn die Veräußerung des gesamten Unternehmens beschlossen werden soll. Hier kann der gesetzliche Vertreter im Hinblick auf § 1822 Ziff. 3 BGB nicht rechtswirksam zustimmen. Seine durch die Eigenart der offenen Handelsgesellschaft bedingte Selbständigkeit darf es ihm nicht ermöglichen, über die Teilhaberschaft des Minderjährigen frei zu bestimmen.¹⁴⁸⁾

Für Beschlüsse, deren Durchführung nicht mehr in den Rahmen der organschaftlichen Vertretung fällt, bewendet es, wie bei der Vertretung, bei der Gültigkeit der allgemeinen Bestimmungen des BGB. Zu nennen sind zum Beispiel die Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung (§§ 117, 127 HGB), der Ausschluß eines Gesellschafters (§ 140 HGB) oder die Veräußerung des Unternehmens einschließlich der Firma; ebenso Änderungen, die zum Handelsregister anzumelden sind (§ 108 HGB).

Beschlüsse, die überhaupt nicht nach außen in Erscheinung treten, sich also im Innenverhältnis erschöpfen, werden wohl nur in Gestalt von nicht anmeldungspflichtigen Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die lediglich das Verhältnis der Teilhaber zueinander betreffen, vorkommen. Änderungen des Gesellschaftsvertrages unterliegen allgemein der Beurteilung nach § 1822 Ziff. 3 BGB. Das ist zwar bestritten, aber schlechthin unumgänglich. Denn sonst wäre den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben, die Schutzbestimmungen zu umgehen, indem sie einen pro forma-Vertrag nach seiner Genehmigung nach ihrem Gutdünken umgestalten könnten. Daß die handelsrechtlichen Privilegien hier nicht Platz greifen können, ergibt sich auch schon daraus, daß die Stimmabgabe zur Änderung

148) Vgl. RGZ 122, 370. - Siehe auch unten S. 98.

nicht eigentlich der gesellschaftlichen Sphäre des Teilhabers, sondern seiner Privatsphäre entspringt. Denn diese ist nur soweit gesellschaftsgebunden, als der seitherige Gesellschaftsvertrag, d.h. der bisher gültige Vertrag, reicht.¹⁴⁹⁾ Die Situation ist also dieselbe wie bei Abschluß eines Gesellschaftsgründungsvertrages.

Genehmigungsbedürftigkeit ist aber nur dann anzunehmen, wenn der Vertrag in wesentlichen Punkten geändert wird.¹⁵⁰⁾ Die Änderung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis wäre etwa auch hierher zu zählen.¹⁵¹⁾ Hervorzuheben ist jedoch abermals, daß solche Änderungen, die der genehmigte Vertrag bereits vorsieht, nicht einer nochmaligen Genehmigung bedürfen.

Schwierig wird die Rechtslage dann, wenn der Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse vorsieht. Eine derartige Regelung wird für zulässig gehalten, selbst für Vertragsänderungen.¹⁵²⁾ In solchem Falle ist darauf abzustellen, ob die betreffende Bestimmung, die den Mehrheitsbeschluß einführt, vormundschaftsgerichtlich genehmigt ist oder nicht. Fehlt es hieran, wie beim Eintritt eines minderjährigen Erben in die Gesellschaft, so müßte für einen Mehrheitsbeschluß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gefordert werden. Doch besteht hierzu keine Möglichkeit, wenn ohne die Stimme des gesetzlichen Vertreters eine ausreichende Stimmzahl vorhanden ist. Für eine analoge Anwendung der §§ 1821, 1822 BGB ist kein Raum. Die abstimmenden Gesellschafter vertreten hier nicht, wie bei Rechtsgeschäften der Gesellschaft, den Minderjährigen mit, sondern nur ihre eigene Person. Die Möglichkeit einer Vertragsänderung

149) Daher handelt es sich genau genommen hier nicht um die Ausübung eines Verwaltungsrechts, weshalb auch keine Pflicht zur Stimmabgabe besteht (Hueck, RdOHG, S. 109). - Im Einzelfall wird es freilich manchmal schwierig sein, zu entscheiden, ob eine Vertragsänderung oder nur eine Maßnahme seiner Durchführung in Frage steht.

150) Vgl. oben S. 30.

151) Anders Koenige § 105 Bem. 7; KG in RJA 12, 48.

152) Hueck, RdOHG, S. 111 und insbes.: Gesellschafterbeschlüsse, S. 714 ff.; Flechtheim in JW 1918, 176; Weipert in RGR-KomHGB § 119 Anm. 10; RGZ 91, 166; 151, 321 (327); 163, 385 (391).

wie auch der Veräußerung des Unternehmens¹⁵³⁾ muß eben dann in Kauf genommen werden. Ein gewisser Schutz bietet allerdings die Schranke des § 138 BGB, denn der Mehrheitsbeschluß ist jedenfalls nur insoweit zulässig, als er nicht zu einer sittenwidrigen Abhängigkeit eines Gesellschafters von der Willkür der anderen führt.¹⁵⁴⁾ So kann beispielsweise die Festsetzung des allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssels oder die beliebige Erhöhung der Beitragspflicht nicht der Willkür der Mehrheit überlassen werden. Es steht sonach nicht in ihrer Macht, die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses gegen den Willen der Minderheit gänzlich umzugestalten.

d) Die Verwaltungsrechte insgesamt

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß der minderjährige Teilhaber seine Verwaltungsrechte zum überwiegenden Teil durch seinen gesetzlichen Vertreter ausüben muß, hingegen selbständig handeln kann, wo die Tätigkeit keinen rechtsgeschäftlichen Charakter trägt.

Diese Sachlage läßt den Gedanken aufkommen, die gesamte Erfüllung der Verwaltungspflichten oder doch jeder einzelnen Pflicht als eine Einheit zu betrachten und auf diese die rechtsgeschäftlichen Regeln, zumindest entsprechend, anzuwenden; wie sich denn auch lebensmäßig die einzelnen Handlungen nicht scharf voneinander abheben, sondern die Tätigkeit des Gesellschafters sich als ein kontinuierlicher Vorgang darstellt, der bald dieses, bald jenes rechtliche Gesicht zeigt. Dafür würde ferner sprechen,

153) Die Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses für die Abstimmung über die Geschäftsveräußerung ist allerdings nicht unzweifelhaft. Soweit die Firma nicht mit übergeht, dürfte jedoch eine solche Klausel sicherlich wirksam sein, da ja auch jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter das Veräußerungsgeschäft mit Wirkung für alle Teilhaber abschließen könnte. Was im übrigen für Maßnahmen außerhalb der gesetzlichen Vertretungsbefugnis zulässig erscheint, ist es wohl erst recht bei Handlungen innerhalb ihres Rahmens.

154) Vgl. Note 152); ferner Düringer-Hachenburg-Geiler Allg. Einl. II 1 Anm. 126.

daß die §§ 107 ff. BGB auf das Einzelgeschäft, vor allem das Güterumsatzgeschäft, zugeschnitten sind und daher für umfassende und dauernde Schuldverhältnisse nicht recht passen. Dieser Gedanke klingt auch bei Heinsheimer an.¹⁵⁵⁾ Er kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, indem er die Ausübung sämtlicher Mitverwaltungsrechte - allerdings wohl nur auf die rechtsgeschäftliche Seite bezogen - als nachteilig ansieht, weil jede Handlung generell geeignet sei, den Wert des Anteils am Gesellschaftsvermögen zu verringern. Diese nur wirtschaftlichen Folgen sind jedoch ohne Bedeutung. Allein auch die erwogene einheitliche Betrachtung ist nicht möglich. Ein Handlungskomplex als solcher ist rechtlich nicht erfaßbar und kann auch nicht nach den für einen Teil desselben geltenden Regeln behandelt werden. Mit ebensoviel Berechtigung könnte jemand die für den anderen Teil bestimmte rechtliche Beurteilung für maßgebend halten.

Der Einwand, eine unterschiedliche Behandlung heiße "einer der Vormundschaft wie der Gesellschaft gleich unzuträglichen Unsicherheit das Wort reden",¹⁵⁶⁾ liegt nahe, wird aber zu Unrecht erhoben. Die Unsicherheit, die hier befürchtet wird, ist gleichzusetzen mit Unkenntnis des objektiven Rechtes. Denn dieses gibt eine eindeutige Antwort in jedem Falle. Freilich ist davon auszugehen, daß das Gesetz immer nur eine klare und sinnvolle Regelung der Verhältnisse bezwecken will. Danach hat sich die Auslegung der einzelnen Normen zu bestimmen. Es besteht aber im gegebenen Falle kein Grund, dem Gesetz in dieser Weise Gewalt anzutun. Denn eine teilweise Ausübung der Verwaltungsrechte durch den Geschäftsbeschränkten selbst erscheint durchaus mit den vormundschaftlichen und gesellschaftlichen Interessen verträglich, sobald man genügend beachtet, daß dieser in einer Gemeinschaft tätig wird. Die Gesellschaft, die ein natürliches Interesse an der Rechtsbeständigkeit der von ihm vorzunehmenden Akte hat, wird in Zweifelsfällen stets die Zustimmung des Gewalthabers fordern, um sich selbst vor mißlichen Folgen zu bewahren. Daß die Gesellschaft in diesen Fällen einen Anspruch gegen den Gewalthaber auf

155) S. 95.

156) Heinsheimer S. 95.

Mitwirkung hat - ohne Rücksicht darauf, ob die Zustimmung nun tatsächlich erforderlich ist oder nicht -, wird sich im folgenden ergeben. Die Gesellschaft wird also aus eigenem Interesse eine überwachende Funktion üben, so daß praktisch das Eingreifen des Gewalthabers von sich aus kaum nötig sein wird.

e) Ablehnungsbefugnis der Gesellschaft

Die bisherigen Erörterungen beschränkten sich auf die Untersuchung, inwieweit das Gesetz dem Minderjährigen erlaubt, seine Verwaltungsrechte rechtswirksam auszuüben. Eine ganz andere Frage ist, ob die übrigen Gesellschafter die Ausübung durch den beschränkt Geschäftsfähigen hinnehmen müssen. Es bleibt zu prüfen, welche Möglichkeiten bestehen, dem Minderjährigen die persönliche Wahrnehmung der Verwaltungsrechte zu verwehren und statt seiner die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters zu verlangen.

Eine Ablehnungsbefugnis schlechthin, weil der Minderjährige nur zu einem Teil die ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllen kann, hat die Gesellschaft nicht. Zwar ist nach § 266 BGB der Schuldner nicht zu Teilleistungen berechtigt, um eine Teilleistung im Sinne dieser Vorschrift handelt es sich aber nicht. Dort ist vorausgesetzt, daß der Schuldner überhaupt nur einen Teil der Leistung erbringt, während der Minderjährige die ganze Leistung bewirkt. Es liegt nur eine Teilung hinsichtlich der leistenden Personen, nicht des Leistungsinhaltes vor.

Die Gesellschaft kann aber zur Ablehnung beim Vorliegen besonderer mit der Minderjährigkeit zusammenhängender Umstände berechtigt sein. Es sind hier zwei Fälle denkbar: Die Gesellschaft befürchtet, daß die Leistung des Minderjährigen ihrem Inhalte nach nicht die vertragsgemäße sein wird, oder aber die Unwirksamkeit der von diesem vorzunehmenden Handlungen.

aa) Ob die Gesellschaft die Leistung des Minderjährigen ablehnen kann, wenn mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß dieser sie in Anbetracht seines Alters nicht in der gehörigen Weise erbringen kann, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes. Die Ablehnung der Leistung des Schuldners bringt den Gläubiger grundsätzlich in Annahmeverzug (§ 393 BGB) und unter Umständen zugleich auch in Schuldnerverzug (§ 284 BGB). Diese Vorschriften setzen aber voraus, daß der Schuldner zur Erbringung der Leistung in der Lage ist. Die Unmöglichkeit der Leistung bzw. das Unvermögen des Schuldners schließen den Annahmeverzug aus (§ 297 BGB). Aber auch bereits dann, wenn den ganzen Umständen nach zu erwarten ist, daß die Leistung nicht die gehörige sein wird, wird man nach Treu und Glauben dem Gläubiger die Möglichkeit der Ablehnung gewähren müssen, ohne daß die bezeichneten Folgen eintreten. Es kann ihm nicht zugemutet werden, eine solche Leistung, die in aller Wahrscheinlichkeit zu seiner Schädigung führen wird, anzunehmen. Er kann vielmehr auf vertragsgemäßer Leistung bestehen, d.h. vom Schuldner verlangen, alles zu tun, den wahrscheinlichen Mangel zu beheben. Insbesondere bei einem Dauerschuldverhältnis wird man ihm diese Befugnis zugestehen müssen.

Daraus ergibt sich, daß die Gesellschaft unter den genannten Voraussetzungen die Leistung des Minderjährigen, auch bei Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, ablehnen und die Mitwirkung des letzteren fordern kann; denn nur durch diesen kann der Minderjährige in diesem Falle seiner Leistungspflicht vollauf genügen. Die Verpflichtung des gesetzlichen Vertreters ergibt sich ohne weiteres aus seiner Stellung als Inhaber der elterlichen Gewalt bzw. Vormund. Er hat überall da mitzuwirken, wo der Fürsorgebedürftige nicht in der Lage ist, die ihm obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, und zwar in der gebotenen Weise zu erfüllen. Eine entsprechende Klage gegen ihn ist freilich nicht möglich. Sie müßte gegen den minderjährigen Teilhaber als Erfüllungsklage erhoben werden. Hat nämlich die Gesellschaft dessen Mitwirkung nach dem Vorstehenden zu Recht abgelehnt, so liegt ein wirksames Leistungsangebot nicht vor.

bb) Die Ablehnungsbefugnis der Gesellschaft, wenn die Rechtswirksamkeit der von dem Minderjährigen vorzunehmenden Handlungen zweifelhaft erscheint, gründet sich auf die Verletzung seiner besonderen Gesellschaftspflicht.

Das Gemeinschaftsverhältnis wird in besonderem Maße von dem Treuegedanken beherrscht. Das folgt aus der Tatsache des Zusammenschlusses der Gesellschafter zu einem einheitlichen Zwecke in persönlicher Mitarbeit und unter Einsatz auch ihres Privatvermögens. Dem einzelnen Gesellschafter obliegt eine - weit über den allgemeinen Rahmen des vertraglichen Treuegebotes hinausgehende - Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft.¹⁵⁷⁾ Diese umspannt das gesamte Handeln des Gesellschafters in, für und gegenüber der Gesellschaft. Sie ergänzt und begrenzt seine einzelnen Leistungspflichten. - Inwieweit der Gesellschafter seine eigenen Interessen hinter die Gesellschaftsinteressen zurücktreten lassen muß, steht hier nicht zur Erörterung.¹⁵⁸⁾

Gemäß dieser Treueverpflichtung hat der Gesellschafter seine Rechte und Pflichten nicht nur in der sachlich gebotenen Weise wahrzunehmen, sondern sie in jeder Hinsicht so auszuüben, daß die Verwirklichung des gemeinsamen Zweckes in keiner Weise gefährdet wird. Er hat also auch dafür zu sorgen, daß aus seinem Handeln keine Ungewißheiten entstehen können, mithin auch dafür, daß seine Handlungen Rechtsbeständigkeit aufweisen, ohne daß es einer besonderen Nachprüfung bedarf.

Der minderjährige Teilhaber verletzt folglich in den fraglichen Fällen - es kommt vor allem der Verkehr mit der Außenwelt (z. B. die Korrespondenz) in Betracht - seine Treuepflicht, wenn er seine Verwaltungsbefugnisse ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ausübt. Daraus er-

157) Vgl. Würdinger, Gesellschaften, S. 38; Lehmann, GesR., § 13 II 2; insbes. Hueck, Der Treuegedanke, S. 73 ff. Auch RGZ 128, 16; 142, 216.

158) Vgl. dazu Hueck a. a. O.

gibt sich die Ablehnungsbefugnis der Gesellschaft. Eine bereits vorgenommene Handlung des Minderjährigen braucht die Gesellschaft nicht zu beachten. Der gesetzliche Vertreter ist auch hier zur Mitwirkung verpflichtet.

3. Wege der Befähigung des Minderjährigen zu selbständiger Ausübung seiner Verwaltungsrechte

Um den Geschäftsbeschränkten zu befähigen zu rechtlich wirksamem Handeln für einen ganzen Kreis von Geschäften, bedarf es eines besonderen ermächtigenden Aktes. In Betracht kommen hier einerseits die Volljährigkeitserklärung und sodann Ermächtigungen, die zu einer gegenständlich beschränkten Befähigung führen, so die Erteilung eines Generalkonsenses durch den gesetzlichen Vertreter, der Prokura oder Handlungsvollmacht und die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes im Sinne des § 112 BGB.

a) Volljährigkeitserklärung

Gemäß § 3 BGB kann ein Minderjähriger, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, für volljährig erklärt werden. Dieser erlangt dadurch die volle Geschäftsfähigkeit. Die Volljährigkeitserklärung erfolgt durch Beschluß des Vormundschaftsgerichtes. Sie soll nur erfolgen, wenn sie das Beste des Minderjährigen fördert, was sich nach dem Grade seiner geistigen und sittlichen Entwicklung und den gesamten wirtschaftlichen Umständen richtet. Das Vormundschaftsgericht hat nach pflichtmäßigem Ermessen darüber zu befinden.

Es ist demzufolge eine Frage der tatsächlichen Umstände des Einzelfalles, ob eine Volljährigkeitserklärung des Minderjährigen möglich ist. Sie wird überdies oft wegen der mit ihr verknüpften Rechtsfolgen - volle Geschäftsfähigkeit in jeder Hinsicht und damit Beendigung der elterlichen Gewalt, also des Erziehungsrechtes und des Verwaltungsrechtes am Kin-

desvermögen - nicht im Interesse der Eltern liegen. Die einmal eingetretene Gestaltungswirkung kann auch nicht wieder beseitigt werden.

b) Generalkonsens des gesetzlichen Vertreters

In scharfem Gegensatz zu der Volljährigkeitserklärung würde die Erteilung einer allgemeinen Zustimmung zu allen im Rahmen der Verwaltungsbefugnisse liegenden Geschäften stehen. In diesem Falle würde die Rechtsstellung des beschränkt Geschäftsfähigen über die Möglichkeit der persönlichen Ausübung der Verwaltungsrechte hinaus keinerlei Veränderungen erfahren.

Die Zulässigkeit einer derart gehaltenen Einwilligung erscheint jedoch sehr zweifelhaft. Eine Einwilligung zu einem ganzen Kreis von Rechtsgeschäften ist zwar möglich,¹⁵⁹⁾ im gegebenen Falle aber würde dieser generelle Konsens eine Umgehung des § 112 BGB bedeuten, der eine besondere vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vorschreibt. Die dort vorausgesetzte Ermächtigung stellt zwar keine Einwilligung in dem erwähnten Sinne dar, im Ergebnis aber führen beide zu einer Selbständigkeit des Minderjährigen im kaufmännischen Verkehre, was das Gesetz eben nur mit vormundschaftsgerichtlicher Mitwirkung erlauben will.

c) Erteilung einer Prokura oder Handlungsvollmacht

Als weitere Möglichkeiten kommen in Betracht die Erteilung einer Prokura oder einer Handlungsvollmacht (§§ 48 und 54 HGB).

Eine Prokuraerteilung an einen Gesellschafter ist nur möglich, wenn dieser von der Vertretung ausgeschlossen oder nur zur Gesamtvertretung (§ 125 Abs. II HGB) berechtigt ist. Im anderen Falle könnte sie nur unter gleichzeitiger Entziehung der Vertretungsbefugnis in Frage kommen, und

159) Vgl. unten S. 78 f.

zwar hier mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und wohl auch des Vormundschaftsgerichtes. Es ist allerdings nicht unbestritten, daß dem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter eine Prokura erteilt werden kann. Dagegen wird eingewandt, es könne niemand sein eigener Prokurist sein und außerdem liege die Gefahr nahe, daß der Rechtsverkehr das Vorhandensein der weitergehenden mitgliedschaftlichen Vertretungsbefugnis annehme.¹⁶⁰⁾

Die Zulässigkeit der Prokuraerteilung ist in entsprechender Anwendung von § 125 Abs. II S. 2 HGB zu bejahen.¹⁶¹⁾ Der Prokurist ist hier eine vom Geschäftsinhaber verschiedene Person, da Inhaber des Geschäftes nur die Gesellschafter in gesamthänderischer Verbundenheit sind. Der Ausschluß seiner Vertretungsbefugnis ergibt sich aus dem Handelsregister, und gutgläubige Dritte werden weitgehend nach den Grundsätzen der Haftung auf Grund Anscheinsvollmacht geschützt sein, wonach es die Gesellschaft gegen sich gelten lassen muß, wenn der Prokurist sich wie ein vertretungsberechtigter Gesellschafter aufführt, die übrigen Gesellschafter davon Kenntnis hatten und nicht dagegen eingeschritten sind.

Die Erteilung einer Prokura könnte aber nicht helfen, da damit nur die Art der Vertretungsmacht eine andere geworden wäre; aus der organ-schaftlichen wäre eine Drittvertretung geworden. Deren selbständige Ausübung scheitert wie die der gesetzlichen Vertretung an § 107 BGB. Ein in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters liegender allgemeiner Konsens wäre in Anbetracht des Umfanges der Prokura gemäß § 134 BGB nichtig.

Für die Erteilung einer Handlungsvollmacht gilt das im wesentlichen entsprechend. Da sie jedoch nicht den starren Umfang aufweist wie die Prokura, ist hier eine sich im Rahmen des § 112 BGB haltende und an die Zu-

160) Staub-Pinner § 125 Anm. 4.

161) Herrschende Meinung, vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 125 Anm. 5; Schlegelberger § 125 Anm. 10; Weipert in RGR-KomHGB § 125 Anm. 13.

stimmung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichtes gebundene Bevollmächtigung für zulässig zu erachten.¹⁶²⁾ Damit würde dem Minderjährigen die selbständige Ausübung der Vertretung zu einem Teil ermöglicht sein, aber in der Regel nur auf Kosten seiner gesellschaftlichen Verwaltungsbefugnisse. Im übrigen bestünde keinerlei Vertretungsberechtigung mehr.

d) Ermächtigung nach § 112 BGB

Endlich kennt das Gesetz die Möglichkeit einer Ermächtigung des Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes (§ 112 BGB).

aa) Unter dem selbständigen Betrieb des Erwerbsgeschäftes ist nach dem Sinn dieser Vorschrift nicht das ausschließlich persönliche Betreiben gemeint, sondern die eigenverantwortliche Tätigkeit des Unternehmers, die auch in Gemeinschaft mit anderen bestehen kann. Daß die Teilhaberschaft an der offenen Handelsgesellschaft als selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäftes anzusehen ist, ist auch sonst anerkannt.¹⁶³⁾

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Ermächtigung ergeben sich aber aus anderer Richtung. Die Ermächtigung nach § 112 BGB erstreckt sich nicht auf solche Geschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf; ihr Umfang bleibt also weit hinter dem der Vertretungsmacht des Gesellschafters nach § 126 HGB zurück. Die Vertretung der Gesellschaft müßte folglich außerhalb der Ermächtigung vom gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden, so daß eine Teilung in der Ausübung stattfände. Mit der Begründung, daß eine derartige beschränkte Ausübung durch den Minderjährigen mit dem Prinzip des § 126 HGB unvereinbar sei, weil sie praktisch auf eine Beschränkung der Vertretungsmacht hinauslaufe, erklären manche den § 112 BGB für

162) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 12.

163) Vgl. RGZ 87, 102 und 127, 110 (114).

unanwendbar.¹⁶⁴⁾

bb) Es fragt sich zunächst, ob es zutrifft, daß der ermächtigte Minderjährige seine Vertretungsbefugnis nur zu einem Teil selbständig ausüben kann.

Die Ermächtigung findet nach dem Wortlaut des § 112 BGB ihre Grenze da, wo die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich wird. Nun ist aber der gesetzliche Vertreter, wenn er für die Gesellschaft (als Vertreter des Minderjährigen) handelt, niemals an das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Mitwirkung gebunden (vgl. oben S. 52). Daraus kann folgen, daß die Ermächtigung in diesem Falle sich auf alle Geschäfte erstreckt, die der Betrieb des Erwerbsgeschäftes mit sich bringt. Ob das zutrifft, hängt davon ab, wie die Bestimmung des § 112 BGB auszulegen ist. Wollte der Gesetzgeber gewisse Geschäfte wegen ihrer besonderen inhaltlichen Schwere von der Ermächtigung ausnehmen, so ändert sich durch den Wegfall des vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungserfordernisses nichts, anders dagegen, wenn lediglich die vormundschaftsgerichtliche Zustimmung die Schranke bilden sollte.

Für die letztere Auffassung spricht vor allem, daß der Umfang der Ermächtigung verschieden groß sein kann, je nachdem, ob sie von dem elterlichen Gewalthaber oder vom Vormund ausgeht (vgl. §§ 1643 mit 1821, 1822 BGB). Andererseits aber kennt das Gesetz eine Befreiung des gesetzlichen Vertreters von den ihm auferlegten Schranken in einem gewissen Umfang (§§ 1825, 1643 Abs. III BGB), während eine Ermächtigung des Minderjährigen in diesem Ausmaße nicht zulässig ist.¹⁶⁵⁾ Hieraus wird geschlossen, daß dem nach § 112 BGB ermächtigten Minderjährigen, wenn der gesetzliche Vertreter bereits nach den erwähnten Vorschriften

164) Weipert in RGR-KomHGB § 126 Anm. 5; Schlegelberger § 125 Anm. 4.

165) Herrschende Meinung: Staudinger-Keidel § 1825 Bem. 5; Planck § 1825 Bem. 5; Schlegelberger § 1 Anm. 18. Anders Düringer-Hachenburg-Geiler I Allg. Einl. Anm. 104. Haupt-Reinhardt (S. 47) hält eine generelle Befreiung des Minderjährigen von den in § 112 Abs. 1 S. 2 BGB gegebenen Beschränkungen für zulässig.

befreit war, dessen befreite Stellung nicht zugute kommt.¹⁶⁶⁾

Man wird dies wohl für den ermächtigten minderjährigen Teilhaber entgegen dem Gesetzeswortlaut ebenfalls anzunehmen haben. Denn dem Sinn der vom Gesetzgeber aufgestellten Schutzbestimmungen entspricht es, nicht von den förmlichen, sondern den sachlichen Gesichtspunkten auszugehen. Danach kann es zur Feststellung des Umfanges der Ermächtigung nach § 112 BGB nicht darauf ankommen, ob im konkreten Falle die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen ist, sondern ob das betreffende Geschäft seinem Inhalte nach zu den Handlungen zählt, die in den §§ 1821, 1822 BGB genannt sind.¹⁶⁷⁾

Es ist auch nicht einzusehen, weshalb der minderjährige Teilhaber besser gestellt sein sollte als der minderjährige Einzelkaufmann. Die Gründe, die zu einer freieren Stellung seines gesetzlichen Vertreters führten - Behinderung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft -, können für den Minderjährigen selbst nicht maßgebend sein. Denn der Grundsatz, daß der Minderjährige nicht selbständig handeln kann, duldet, wie bereits gesagt, keine Ausnahme.

Demgemäß bedarf der ermächtigte Minderjährige insoweit der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, bzw. dieser kann das Vertretungsrecht selbst ausüben.

Nun bliebe allerdings die Möglichkeit - um das aus § 126 HGB hergeleitete Bedenken auszuschalten -, daß der Gewalthaber zu den von der Ermächtigung ausgenommenen Geschäften seine Einwilligung im voraus erteilt.

Eine solche Einwilligung zu einem ganzen Kreis zunächst noch nicht individualisierter Rechtsgeschäfte ist grundsätzlich für zulässig zu halten, sofern diese zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes erforderlich und daher im wesentlichen übersehbar sind.¹⁶⁸⁾ Eine andere Beurteilung

166) RGR-KombGB § 112 Bem. 2.

167) Badewitz S. 58. Anders Hueck, RdOHG, S. 191 Note 77.

168) Herrschende Ansicht, vgl. Staudinger-Riezler § 107 Anm. 3; Ennecerus-Nipperdey § 152 I 4; v. Tuhr II S. 346; Oertmann § 107 Anm. 4. Anders Planck § 110 Anm. 6; RGR-KombGB § 107 Bem. 1.

würde den tatsächlichen Lebensvorgängen in keiner Weise gerecht werden. In bezug auf die von der Ermächtigung des § 112 BGB nicht erfaßten Geschäfte aber unterliegt ihre Zulässigkeit Bedenken. Wenn man nämlich davon ausgeht, daß das Gesetz eine Ermächtigung zu diesen Geschäften nicht gewollt hat, es also bei der Einzelzustimmung bleiben sollte, so muß jeder Akt, der im Ergebnis auf den gleichen Erfolg hinausläuft, als eine Umgehung zwingender gesetzlicher Vorschriften gewertet werden.¹⁶⁹⁾

Aber selbst bei anderer Ansicht würde das gewünschte Ziel nicht erreicht werden können. Denn die generelle Einwilligung ist - als ein Bündel von Einzeleinwilligungen - ein Fall von § 107 BGB. Sie macht also den Minderjährigen im Gegensatz zu § 112 BGB in diesem Rahmen nicht vollgeschäftsfähig. Folglich ermangelt ihm auch die Prozeßfähigkeit (vgl. § 52 Abs. I ZPO). Der so "ermächtigte" Minderjährige wäre außerstande, Prozeßhandlungen und Handlungen im Sinne des FGG vorzunehmen, denn das Prozeßrecht kennt keine den materiell-rechtlichen Bestimmungen der §§ 107 ff. BGB entsprechenden Vorschriften. Der Umfang der Vertretungsmacht würde also nicht erreicht sein.¹⁷⁰⁾

Schließlich wäre auch zu bedenken, daß der gesetzliche Vertreter jederzeit seine Einwilligung widerrufen könnte (§ 183 BGB), ohne zugleich seine Ermächtigung nach § 112 BGB zurückzunehmen. Diese Möglichkeit kann auch nicht vertraglich ausgeschlossen werden, denn der Gewalthaber kann sich nicht seines Vertretungsrechtes begeben. Es würde also der Zustand, der gerade vermieden werden sollte, jederzeit eintreten können.

cc) Wenn auch der gesetzliche Vertreter zu jeder einzelnen über die Ermächtigung hinausgehenden Handlung zustimmen muß, so fragt es sich doch, ob diese Sachlage mit § 126 HGB im Widerspruch steht.

Diese Bestimmung stellt keineswegs eine Sondernorm des Rechtes der

169) Hueck, RdOHG, (S. 191 Note 77) nimmt ohne nähere Begründung ihre Zulässigkeit an.

170) Das wird von Hueck a. a. O. übersehen.

offenen Handelsgesellschaft dar. Sie ist der Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes des Handelsrechtes, denjenigen, in dessen Namen gehandelt wird, soweit wie nur tunlich verantwortlich zu machen.

In der von der Rechtsprechung entwickelten Lehre von der Haftung kraft Rechtscheins der Vollmacht hat dieses Prinzip seine weitestgehende Ausprägung gefunden. Um einen Mangel an Vertretungsmacht aber handelt es sich gar nicht im gegebenen Falle. Diese steht dem Minderjährigen in vollem Ausmaße zu; seine Verantwortlichkeit richtet sich nicht nach § 179 BGB, sondern nach §§ 107 ff. BGB. Nicht die Vertretungsmacht ist beschränkt, sondern ihre Ausübungsmöglichkeit durch den Gesellschafter. Hinsichtlich der Person des gesetzlichen Vertreters liegt allerdings eine Beschränkung der Vertretungsmacht vor. Die innerhalb der Ermächtigung liegenden Geschäfte kann er nicht für den Minderjährigen, mithin auch nicht für die offene Handelsgesellschaft vornehmen. Er ist jedoch nicht Gesellschafter, und nur auf diesen bezieht sich § 126 HGB.

Die persönliche Ausübung der Vertretungsmacht aber ist in § 126 HGB nicht vorgeschrieben.

Es sind auch keine Gründe ersichtlich, weshalb eine derart geteilte Ausübung handelsrechtlichen Grundsätzen widersprechen sollte. Wollte man dem Minderjährigen die Ausübung schlechthin verbieten, so müßte man das auch für den ermächtigten geschäftsbeschränkten Einzelkaufmann fordern. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der redliche Dritte, der doch allemal darauf vertraut, daß der Geschäftsinhaber verpflichtet wird und um dessen Schutz es alleine geht, nur im Verhältnis zur offenen Handelsgesellschaft schutzwürdig sein sollte. In beiden Fällen ermangelt es lediglich an der Geschäftsfähigkeit des einen Teiles. Eine dem § 126 HGB entsprechende Bestimmung für den Einzelkaufmann konnte der Gesetzgeber nicht aufstellen, weil jedermann ohne weiteres die rechtliche Macht hat, sich selbst unbeschränkt zu verpflichten. Die Fähigkeit aber, diese Macht auszuüben, hat das Gesetz davon unabhängig und einheitlich geregelt und nirgends mit dieser verquickt.

Schließlich spricht auch ein praktisches Bedürfnis für die Zulässigkeit der Ermächtigung. Eine Volljährigkeitserklärung ist nicht immer möglich und erwünscht.

Eine Ermächtigung des minderjährigen Gesellschafters nach § 112 BGB erscheint demgemäß zulässig.¹⁷¹⁾

dd) In der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Teilnahme eines Geschäftsbeschränkten an einer offenen Handelsgesellschaft liegt regelmäßig, wie schon in anderem Zusammenhang hervorgehoben, noch keine Ermächtigung nach § 112 BGB. Sie kann allerdings von vornherein beabsichtigt sein. Diese Absicht muß aber im Gesellschaftsvertrage zum Ausdruck kommen. Das wäre z. B. der Fall, wenn darin die persönliche Ausübung der Geschäftsführung und Vertretung durch den Minderjährigen vorgesehen ist. Mit der Genehmigung des Vertrages würde dann zugleich die nach § 112 BGB notwendige Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes zu der dort vorgesehenen Ermächtigung erteilt sein.

ee) Mit der Ermächtigung als einem rechtsgestaltenden Akt des Privatrechts wird der Minderjährige in diesem Rahmen voll geschäfts- und damit zugleich prozeßfähig. Daraus ergibt sich, daß insoweit der Gewalthaber seine gesetzliche Vertretungsmacht verliert.¹⁷²⁾

Welche Rechtsgeschäfte nun von der Ermächtigung erfaßt werden, bestimmt sich nach der Art des betriebenen Gewerbes, dessen tatsächlichen Verhältnissen und der Verkehrsanschauung. Entscheidend bleibt stets, daß das Geschäft in einem inneren Zusammenhang mit dem Betrieb des Unternehmens steht. Keine Betriebsgeschäfte sind diejenigen Rechtshandlungen, die die Grundlagen der Gesellschaft berühren und von denen bereits bei der Frage der Ausübung der Verwaltungsrechte des

171) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 12. Ebenso Hueck, RdOHG, S. 190 ff., jedoch mit abweichender Begründung.

172) Durchaus herrschende Meinung: Staudinger-Riezler § 112 Bem. 8; RGR-KomBGB § 112 Bem. 1; Glitsch S. 193; Oertmann § 112 Bem. 5 b; Enneccerus-Nipperdey § 151 III 4; v. Tuhr II 355.

Minderjährigen die Rede war.¹⁷³⁾ Sie entspringen nicht dem normalen Betriebsablauf und dienen nicht dem Erwerbszweck des Unternehmens, sondern greifen seine Einrichtung selbst an oder beziehen sich jedenfalls darauf. Deshalb sind sie für den Geschäftsbetrieb nur mittelbar bedeutsam. Der ermächtigte Minderjährige kann also z. B. nicht bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrages mitwirken.

Innerhalb der Betriebsgeschäfte ist aber noch eine Einschränkung zu machen. Von der Ermächtigung sind nach dem Gesetzeswortlaut diejenigen Rechtsgeschäfte ausgenommen, zu deren Vornahme der gesetzliche Vertreter allgemein der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, wie die Aufnahme von Kredit, die Veräußerung eines Grundstücks, die Erteilung einer Prokura und dergl. Wie bereits ausgeführt, wird bei der offenen Handelsgesellschaft die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für diese Geschäfte entbehrlich, während der gesetzliche Vertreter auch hier zustimmen muß. Dabei ist der Umfang dieser Beschränkung verschieden, je nachdem, ob die gesetzliche Vertretung von dem elterlichen Gewalthaber oder einem Vormund ausgeübt wird. Der erstere genießt eine freiere Stellung (vgl. § 1643 einerseits und §§ 1821, 1822 BGB andererseits).

Welche Rolle die Ermächtigung bei der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft wie überhaupt bei der Beendigung der Mitgliedschaft des Minderjährigen spielt, wird bei der Behandlung dieser Fragen zur Erörterung stehen.

II. Die sonstigen Gemeinschaftsrechte und -pflichten des Gesellschafters

Die gemeinschaftsrechtlichen Beziehungen des Teilhabers zu seinen Mitgesellschaftern erschöpfen sich nicht in den behandelten Verwaltungsbefugnissen. Als weitere Rechte bzw. Pflichten sind in diesem Zusammen-

173) Vgl. Heinsheimer S. 101.

hang zu erwähnen: das Informationsrecht, das Wettbewerbsverbot, das Kündigungsrecht und das Recht auf Mitwirkung bei der Liquidation. Die beiden letzteren Befugnisse sind später im Zusammenhang mit der Beendigung der Mitgliedschaft zu erörtern.

1. Das Informationsrecht

Gemäß § 118 Abs. I HGB kann jeder Gesellschafter "sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Bilanz anfertigen." Was die gesellschaftsrechtliche Klassifikation dieses Rechtes¹⁷⁴⁾ angeht, das eine Zwitterstellung einnimmt, so ist es zu den Gemeinschaftsrechten zu zählen.¹⁷⁵⁾ Wenngleich es der Verfolgung der Vermögensinteressen des Gesellschafters dient, ist es doch wie die persönlichen Mitgliederrechte unveräußerlich und weder pfändbar noch belastbar.¹⁷⁶⁾

Die Ausübung des Informationsrechtes trägt keinen rechtsgeschäftlichen Charakter¹⁷⁷⁾ und ist daher den Bestimmungen der §§ 107 ff. BGB nicht unterworfen. Sie wäre zudem - ausnahmsweise - auch für den Minderjährigen lukrativ, da ihm die jederzeitige Informationsmöglichkeit verbleibt. Der Geschäftsbeschränkte kann sonach dieses Recht selbst wahrnehmen.¹⁷⁸⁾

Dem gesetzlichen Vertreter ist es daneben unbenommen, sich selbst über den Vermögensstand der Gesellschaft zu unterrichten.¹⁷⁹⁾

174) Geiler bei Düringer-Hachenburg Allgem. Einl. II 1 Anm. 90c und Heinsheimer S. 55 Note 110 stellen ihm gleich das Recht auf Aufstellung der Bilanz und auf Zuschreibung des etwaigen Gewinns zum Kapitalkonto.

175) Heinsheimer S. 55; Hueck in ZHR 83, 21; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 118 Anm. 1 und Geiler Allg. Einl. II 1 Anm. 90 c.

176) Heinsheimer S. 56; Hueck a. a. O., Flechtheim a. a. O.; Geiler a. a. O. Anm. 33, 90c; Weipert in RGR-KomHGB § 118 Anm. 4; RGZ 52, 35; 90, 19.

177) Vgl. oben S. 56 ff.

178) Ebenso Badewitz S. 83 unter der Annahme rechtsgeschäftlichen Charakters.

179) Heinsheimer S. 56, Geiler a. a. O. Anm. 125 will anscheinend nur dem gesetzlichen Vertreter die Ausübung gestatten.

2. Das Wettbewerbsverbot

Der minderjährige Teilhaber ist wie jeder Gesellschafter an das in § 112 HGB ausgesprochene Wettbewerbsverbot gebunden. Die Gesellschaftsinteressen lassen dies für seinen gesetzlichen Vertreter ebenso wünschenswert erscheinen. Dieser steht jedoch rechtlich außerhalb der Gemeinschaft und unterliegt somit auch nicht der Wettbewerbsbeschränkung.¹⁸⁰⁾ Er ist also nicht gehindert, trotz seiner Tätigkeit in der Gesellschaft in deren Handelszweige auf eigene Rechnung Geschäfte zu machen oder sich an einer gleichartigen Gesellschaft zu beteiligen.

In solchem Falle muß dann, wenn auf andere Weise nicht Abhilfe geschaffen werden kann, für die Beteiligung des Geschäftsbeschränkten an der Gesellschaft ein Pfleger bestellt oder, bei einer Vormundschaft, die Entlassung des betreffenden Vormunds - auf seinen Antrag oder evtl. von Amts wegen - herbeigeführt werden. Ein gewisser Schutz bietet auch die Möglichkeit der Ausschließung des Minderjährigen von Geschäftsführung und Vertretung (§§ 117, 127 HGB), obwohl dann immer noch dem gesetzlichen Vertreter das Informationsrecht nach § 118 HGB verbleibt. Schließlich kommt die Auflösung der Gesellschaft durch Auflösungsklage gemäß § 133 HGB in Betracht. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu diesen Maßnahmen, insbesondere zu der Auflösungsklage, ist zu bejahen, wenn es an einem sonst geeigneten Weg fehlt.¹⁸¹⁾

III. Die vermögensrechtlichen Beziehungen

1. Hinsichtlich der Vermögensrechte des Minderjährigen, die aus seiner Mitgliedschaft erwachsen, erübrigt sich eine nähere Untersuchung. Rechtsgeschäfte, die sich auf sie beziehen, sind nach den §§ 107 ff. BGB zu behandeln.¹⁸²⁾ Im Gegensatz zu den Verwaltungsrechten ist aber der

180) Weipert in RGR-KomHGB § 112 Anm. 2. Anders Badewitz S. 95.

181) Vgl. Weipert a. a. O.

182) Heinsheimer S. 98.

gesetzliche Vertreter hier ohne Ausnahme an die allgemeinen Bestimmungen des Vormundschaftsrechts gebunden. Denn für das Gebiet der Vermögensrechte, die über die interne Gesellschaftssphäre nicht hinausreichen, besteht kein Bedürfnis, ihn von der Oberaufsicht des Vormundschaftsgerichtes zu befreien.¹⁸³⁾

Die gesellschaftlichen Vermögensrechte des Kindes unterliegen in vollem Umfange der Vermögensverwaltung des elterlichen Gewalthabers. Ein Nutznießungsrecht steht ihm seit dem 1. Juli 1958 nicht mehr zu.

2. Auf die eigene vermögensrechtliche Stellung des minderjährigen Teilhabers ist es ohne Einfluß, wenn ihm eine Ermächtigung nach § 112 BGB erteilt wird. Das folgt aus der andersartigen Bezogenheit dieser Rechte; die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis fallen nicht zusammen mit den Geschäften, die der Betrieb des Gesellschaftsunternehmens mit sich bringt. Sie haben ihren Grund nicht in dem Betreiben dieses Unternehmens, sondern in der Teilnahme an der Gesamthandsgemeinschaft.¹⁸⁴⁾ Das schließt natürlich nicht aus, daß sie ihrem Ausmaß nach von dessen Ertragsfähigkeit abhängig sind. Bisweilen läßt auch das Betriebsgeschäft erst den Vermögensanspruch des Gesellschafters entstehen, wie z. B. beim Ersatz für geleistete Aufwendungen (§ 110 HGB). Obgleich sich also eine scharfe Trennungslinie zwischen dem Betrieb des Unternehmens und den Vermögensrechten des Gesellschafters nicht ziehen läßt, sind doch sämtliche Vermögensrechte von § 112 BGB ausgenommen. Denn die Geltendmachung eines Teilhaberanspruchs ist eben keine Rechtshandlung, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt.

Erst recht gelten diese Grundsätze für Schuldverhältnisse zwischen Gesellschaft und Teilhaber außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses.¹⁸⁵⁾

183) Ebenso Badewitz S. 79 ff.

184) Heinsheimer S. 99, 87 f.

185) Die zweifelhafte Abgrenzung dieser Rechte als "Dritter" zu den Sozialrechten hat daher hier keine Bedeutung.

Die genannte Beschränkung besteht aber nur im Verhältnis zur Gesellschaft, nicht auch im Verhältnis zu den einzelnen Mitgesellschaftern, soweit es sich um Sozialrechte handelt. Denn zur Eröffnung und Führung des Unternehmens sind ein bestimmtes Betriebskapital, Geschäftsräume, Einrichtungen, Maschinen usw. erforderlich. Diese können nur mit Hilfe der Beitragsleistungen der Gesellschafter bereit gestellt werden. Die Einforderung von rückständigen Beiträgen oder Zinsen (§ 111 HGB) von dem säumigen Gesellschafter oder auch von Schadensersatzleistungen liegt so- nach im unmittelbaren Betriebsinteresse, und hier wäre es wenig sinnvoll, eine Grenze zwischen den Unternehmungsgeschäften (Außenverhältnis) und den Beziehungen zu dem einzelnen Gesellschafter (Innenverhältnis) aufzu- richten. In der Regel wird es sich bei der Verfolgung von Sozialansprüchen allerdings um Verwaltungsakte handeln. Das ist jedoch unwichtig und un- nötig; nur jenes sachliche Betriebsinteresse gibt dem Geschäftsbeschränk- ten Selbständigkeit für diese Handlungen. Als wichtigste Folge für den er- mächtigten minderjährigen Teilhaber ergibt sich hieraus, daß er befugt ist, die sogenannte *actio pro socio*¹⁸⁶⁾ selbständig zu erheben. Umgekehrt kann er auch Sozialverpflichtungen gegenüber Mitgesellschaftern mit Wirkung für die Gesellschaft erfüllen, soweit dazu sein Vertretungs- und Geschäftsfüh- rungsrecht ihn befähigt.

Allgemein läßt sich daher für die Vermögensrechte feststellen: Die Er- mächtigung des Minderjährigen nach § 112 BGB gibt ihm Selbständigkeit nur soweit, als er innerhalb der Gemeinschaft steht und als ihr Glied handelt. Tritt er der Gesellschaft als Gläubiger gegenüber, gleich wel- cher Art sein Recht ist, so muß er sich der Zustimmung seines gesetz- lichen Vertreters vergewissern.¹⁸⁷⁾

186) Die dogmatische Frage, ob die *actio pro socio* einen Fall der Pro- zeßstandschaft darstellt oder ein unmittelbar eigenes Recht des Ge- sellschafters zum Gegenstand hat, ist für die im Text vertretene Auffassung unerheblich.

187) Diese Abgrenzung gilt wohl auch für die Gemeinschaftsrechte, dort vor allem für die den Verwaltungsrechten zugrundeliegenden Hilfs- ansprüche (siehe oben S. 60). Bei den Verwaltungsrechten selbst handelt es sich dagegen immer um Rechte "in", nicht "gegenüber" der Gesellschaft. Informationsrecht und Kündigungsrecht gehören wieder zu letzteren.

IV. Die Haftung des minderjährigen Gesellschafters

Für die Haftung des Minderjährigen sind zunächst sein Alter und seine geistige Entwicklung von Bedeutung. Soweit sich eine Verpflichtung seinerseits auf ein schuldhaftes Verhalten gründet, ist er sowohl innerhalb wie außerhalb eines Vertragsverhältnisses in vollem Umfang nur verantwortlich, wenn er das 18. Lebensjahr vollendet hat. Hat er diese Altersstufe noch nicht erreicht, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob er die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besitzt (§§ 828 Abs. II, 276 Abs. I S. 2 BGB). Bei Deliktstatbeständen tritt allerdings noch die Billigkeitshaftung nach § 329 BGB hinzu.

1. Das Innenverhältnis

Übt der Minderjährige die Verwaltungsbefugnisse selbst aus, sei es mit jeweiliger Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder auf Grund einer Ermächtigung nach § 112 BGB, so beschränkt sich das Haftungsmaß - soweit er nach dem Gesagten verantwortlich ist - auf die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 708 BGB). Die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit ist dabei ausgenommen (§ 277 BGB). Das gilt aber nur für seine Tätigkeit innerhalb seiner Verwaltungsbefugnisse. Erfüllt allerdings eine von ihm begangene Pflichtverletzung innerhalb dieses Bereiches zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, so beschränkt sich die Haftung hieraus in gleichem Maße.¹⁸⁸⁾ Überschreitet er dagegen die Grenzen dieser Befugnisse, z. B. sein Geschäftsführungsrecht, so hat er gemäß § 276 BGB für jede Fahrlässigkeit einzustehen. Das gleiche gilt für schuldrechtliche Beziehungen zwischen ihm und der Gesellschaft außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses.¹⁸⁹⁾

Nimmt der gesetzliche Vertreter die Verwaltungsbefugnisse des Geschäftsbeschränkten wahr, so muß sich dieser ein Verschulden seines Vertreters

188) Palandt-Gramm Einf. zu § 823 Bem. 3e; RGR-KomBGB Vorbem. 4a; RGZ 66, 363.

189) Palandt-Gramm § 708 Bem. 1.

nach § 278 BGB anrechnen lassen, ohne daß es jetzt auf seine Schuldfähigkeit ankäme. Die Haftungsmilderung auf die *diligentia quam in suis* bleibt jedoch dem Schuldner im Rahmen des § 278 BGB erhalten.¹⁹⁰⁾ Fraglich und umstritten ist, ob dann die eigene Sorgfalt des Schuldners oder diejenige seines gesetzlichen Vertreters oder Gehilfen maßgeblich sein soll.¹⁹¹⁾ Welcher Ansicht hier im allgemeinen der Vorzug zu geben ist, braucht uns indessen nicht zu beschäftigen. Bei Minderjährigkeit des Schuldners dürfte es als unmöglich erscheinen, auf seine persönlichen Eigenschaften abzustellen. Der Maßstab des Verschuldens, das der geschäftsbeschränkte Schuldner zu vertreten hat, ist darum aus der Eigenart seines gesetzlichen Vertreters zu ermitteln.¹⁹²⁾ Entscheidend bleibt also die Sorgfalt, die dieser in seinen persönlichen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Auf die Sorgfalt in den Angelegenheiten des Vertretenen, die gelegentlich als Richtschnur hingestellt wird,¹⁹³⁾ kann es nicht ankommen. Nach dieser Auffassung soll, hieraus weiterfolgernd, der minderjährige Schuldner für jedes Verschulden des gesetzlichen Vertreters haftbar sein, weil dieser ihm gegenüber auch für Verschulden schlechthin eintreten müsse und daher sich nicht darauf berufen könne, in den Angelegenheiten des Mündels eine geringere Sorgfalt anzuwenden als in seinen eigenen.¹⁹⁴⁾ Übersehen wird hierbei, daß die Haftung des gesetzlichen Vertreters im Verhältnis zu dem vertretenen Minderjährigen verschieden ausgestaltet ist; der elterliche Gewalthaber haftet dem Kinde auch nur für die *diligentia quam in suis* (§ 1164 BGB). Zum anderen ist auch kein innerer Grund ersichtlich, den minderjährigen Schuldner strenger haften zu lassen als den volljährigen. Die gesetzlich angeordnete Schuld-milderung bei einzelnen Schuldverhältnissen wäre ihm dann stets versagt. Es läßt

190) Herrschende Meinung: Staudinger-Werner § 278 Bem. III; RGR-KomBGB § 278 Bem. 4; Oertmann § 278 Bem. 4; Enneccerus-Lehmann § 44 II 7; RGZ 65, 17.

191) Für die erstere Alternative a. a. O. Staudinger-Werner, Enneccerus-Lehmann, RGR-KomBGB.

192) Oertmann § 278 Bem. 4; Goldmann-Lilienthal I § 84 II 3g; Dernburg II § 68 II d; Endemann I § 116 Anm. 15 b.

193) Planck-Siber § 278 Bem. 3.

194) Planck-Siber a. a. O.

sich auch schwerlich vertreten, das Haftungsmaß im Außenverhältnis nach demjenigen auszurichten, welches zwischen dem Schuldner und seinem Vertreter oder Gehilfen gilt. Für eine solche Verquickung bietet das Gesetz keine Handhabe, und beide sind nur allzuoft voneinander verschieden.

Der in Anspruch genommene Minderjährige kann von seinem gesetzlichen Vertreter Ersatz verlangen. Der Träger der elterlichen Gewalt haftet ihm in demselben Umfange, wie er selbst der Gesellschaft verpflichtet ist (§ 1664 BGB); im übrigen hat der gesetzliche Vertreter ihm für jedes Verschulden einzustehen (§§ 1833, 1915, 1691 BGB).

2. Die Haftung nach außen

Im Außenverhältnis, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, folgt die persönliche Haftung des Gesellschafters der Haftung der Gesellschaft (§ 128 HGB), sofern er dem Geschädigten nicht bereits ursprünglich verpflichtet ist. Die Ersatzverpflichtung der Gesellschaft ergibt sich aus § 31 BGB, wonach sie für das Verschulden ihrer Organe aufzukommen hat. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die offene Handelsgesellschaft ist allgemein anerkannt.¹⁹⁵⁾

Ist der Minderjährige selbständig in der Gesellschaft tätig, so haftet die Gesellschaft nicht für jede von ihm begangene objektive Pflichtverletzung. Denn § 31 BGB setzt eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung eines Organs voraus. Da dieses Verhalten der Körperschaft als eigenes Verschulden zugerechnet wird, muß es sämtliche Voraussetzungen der Haftbarkeit enthalten.¹⁹⁶⁾ Soweit das Gesetz die Schadensersatzpflicht an ein Verschulden knüpft, muß die Handlung des Organs also auch schuldhaft sein. Im allgemeinen kommt es daher hier für die Person des minderjährigen Teilhabers wieder nach § 828 BGB auf seine Schuldfähigkeit

195) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 172; Weipert in RGR-KomHGB § 126 Anm. 27.

196) Deutlich Oertmann § 31 Bem. 4f, 5b; Soergel-Siebert § 31 Bem. II 3e; Goldmann-Lilienthal I § 20 II 7c. Auch wohl Planck § 31 Bem. 1.

an.¹⁹⁷⁾ Ist ihm eine Ermächtigung nach § 112 BGB erteilt, so wird diese allerdings regelmäßig zu bejahen sein.

Im Rahmen schuldrechtlicher Beziehungen ist für eine Anwendung des § 278 BGB neben § 31 BGB kein Raum, da das Verschulden des Organs als unmittelbar eigenes der juristischen Person angesehen wird und daher von der Zurechnung einer fremden Schuld gemäß § 278 BGB nicht gesprochen werden kann.¹⁹⁸⁾ Freilich greift § 278 BGB Platz, wenn der Geschäftsbeschränkte die organschaftliche Vertretungsbefugnis nicht besitzt und als Bevollmächtigter der Gesellschaft oder bloße Hilfsperson am Geschäftsverkehr teilnimmt. Dann ist jedoch in gleicher Weise wie bei der Haftung nach § 31 BGB sein persönliches Verschulden festzustellen.¹⁹⁹⁾

Der gesetzliche Vertreter ist selbstverständlich kein Organ der Gesellschaft. Er ist nur die Hilfsperson eines handlungsunfähigen Organs. Wegen dieser seiner notwendigen Hilfsstellung kann man ihn auch nicht dem Organ im Sinne des § 31 BGB gleichstellen; für ihn muß die Gesellschaft nach § 278 BGB eintreten. Da er aber bei all seinen Handlungen den Minderjährigen vertritt und nur in dessen Namen die Gesellschafterrechte ausübt, hat dieser ebenfalls das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters zu verantworten, so daß doch letzten Endes auch ein Organverschulden vorliegt.

Hat ein Gesellschaftsgläubiger den nicht vollgeschäftsfähigen Gesellschafter belangt, so erfolgt die Ausgleichung im Innenverhältnis, der Rückgriff gegen Gesellschaft oder Mitgesellschafter²⁰⁰⁾ nach den allgemeinen Regeln. Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, muß sich

197) Soergel-Siebert a. a. O. Abweichend Badewitz S. 106.

198) So die Vertreter der Organtheorie, z. B. Oertmann § 31 Bem. 5; Soergel-Siebert § 31 Bem. I 1; Palandt-Danckelmann § 278 Bem. 2b; Enneccerus-Nipperdey § 110 II 1 Note 16; J. v. Gierke S. 342; auch RGZ 138, 42; 152, 132.

199) Von etwaigen Unterschieden in der Beweislast abgesehen, ist daher die umstrittene Abgrenzung zu § 31 BGB hier ohne Erheblichkeit.

200) Über den Zeitpunkt und den Umfang, in dem diese zur Erstattung herangezogen werden können, soll damit nichts gesagt sein.

der Geschäftsbeschränkte bei dieser internen Lastenverteilung ein für den Eintritt einer Ersatzverpflichtung ursächliches schuldhaftes Verhalten oder Mitverschulden seines gesetzlichen Vertreters entgegenhalten lassen (§§ 254, 278 BGB).²⁰¹⁾ Bei diesem kann er sich dann in dem erwähnten Rahmen schadlos halten.

3. Die Stellung des gesetzlichen Vertreters

Eine Schadensersatzverpflichtung des gesetzlichen Vertreters kann sich sowohl der Gesellschaft als auch deren Gläubigern gegenüber nur aus einer außervertraglichen Anspruchsnorm ergeben. Seine Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter hat auf seine Haftung keinen Einfluß; § 832 BGB dürfte hier keine Rolle spielen. Auf die Haftungsverhältnisse bezüglich seiner Person näher einzugehen, erscheint darum entbehrlich.

Zu erwähnen in diesem Zusammenhang ist, daß der gesetzliche Vertreter von dem Mündel Ersatz der Aufwendungen verlangen kann, die er bei der Wahrnehmung der Verwaltungsrechte gemacht hat (§§ 1648, 1835 BGB).

4. Anhang: Die Ausschließungsrechte der Gesellschaft

Über die Vermögenshaftung hinaus hat die Gesellschaft bei schweren Verstößen gegen Gesellschaftspflichten die Möglichkeit, dem Teilhaber die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen (§§ 117, 127 HGB) oder ihn aus der Gesellschaft überhaupt auszuschließen (§§ 140, 133 HGB).

Für diese Befugnisse gelten an sich die allgemeinen Verschuldensgrundsätze, also § 278 BGB. Andererseits darf aber nicht übersehen werden,

201) Vgl. RGR-KomBGB § 426 Bem. 1; Palandt-Danckelmann § 426 Bem. 3b; Enneccerus-Lehmann § 95 I 3c; RGZ 75, 256; 102, 32; 136, 286; 159, 89 f.

daß das Gesetz bei diesen Bestimmungen von der persönlichen Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte ausgeht. Die Gesellschaft soll sich eines ungetreuen Gesellschafters entledigen können. Die gleiche Strafe den minderjährigen Teilhaber fühlen zu lassen, bei einem Vergehen seines gesetzlichen Vertreters, erscheint unbillig. Eingedenk der eigenartigen Stellung, die er im Gesellschaftsrecht allgemein und hier im besonderen einnimmt, wird man fordern müssen, daß die Gesellschaft zu einer Ausschließung - mit einem Teil seiner Verwaltungsrechte oder auch der Mitgliedschaft - erst dann schreiten darf, wenn eine andere Möglichkeit zu einer Abhilfe nicht besteht. Insbesondere sind die Bestellung eines Pflegers bzw. ein Wechsel in der Person des Vormundes zu erwägen. Allerdings wäre dann zu prüfen, ob der Gesellschaft zuzumuten ist, daß eine weitere fremde Person die Verwaltungsrechte eines ihrer Gesellschafter ausübt und dadurch Einsicht in die inneren Geschäftsvorgänge hat. Nur unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ist hier im Einzelfall eine Lösung zu suchen, wobei selbstverständlich das vom Gesetz in jenen Bestimmungen anerkannte Bedürfnis der Gesellschaft im Vordergrund bleiben muß.

Entsprechendes gilt für die Auflösungsklage gemäß § 133 HGB.

D. DIE BEENDIGUNG DER MITGLIEDSCHAFT

Die Teilhaberschaft des Minderjährigen findet ihr Ende entweder durch die Auflösung und nachfolgende Liquidation der Gesellschaft oder dadurch, daß er aus derselben ausscheidet; in einem weiteren Sinne ferner durch die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine andere Gesellschaft.

I. Auflösung und Liquidation der Gesellschaft

1. Die Auflösung

Die Gründe, die zur Auflösung der Gesellschaft führen (§ 131 HGB), sind sehr verschiedenartig. Es sind zu einem Teil Ereignisse oder Vorgänge, auf die der minderjährige Gesellschafter keinen oder nur geringen Einfluß nehmen kann. Hierher zählen der Eintritt eines im Gesellschaftsvertrag für das Ende der Gesellschaft bestimmten Termins, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft oder eines Mitgesellschafters, der Tod eines Teilhabers, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht für diesen Fall das Fortbestehen der Gesellschaft vorsieht, die Kündigung durch einen anderen Gesellschafter oder einen Privatgläubiger eines Gesellschafters und schließlich die Auflösung durch gerichtliches Urteil. Über diese gesetzliche Regelung hinaus kann der Gesellschaftsvertrag weitere Auflösungsgründe dieser Art vorsehen. In den angeführten Fällen kann der Minderjährige die Auflösung der Gesellschaft nicht hindern. Irgendeine Einspruchsmöglichkeit besteht nicht; denn selbstverständlich ist hier weder die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters noch des Vormundschaftsgerichtes vonnöten. Die Situation, der sich der Minderjährige gegenüber sieht, entspricht also derjenigen bei seinem Eintritt in die Gesellschaft kraft Gesetzes. So wie er dort ipso iure Teilhaber wurde, geht er hier ohne seinen Willen seiner Teilhaberschaft verlustig. Was dort allerdings die Ausnahme war, bildet hier schon eher die Regel. Die Möglichkeit der Mitbestimmung bleibt ihm nur bei der Auflösung durch Gesellschafterbeschluß und weiter, natürlich, durch eine eigene Kündigung, soweit ihm dieses Recht zusteht, und durch eine Auflösungsklage gemäß § 133 HGB.

a) Zu dem Auflösungsbeschluß ist die Zustimmung des Minderjährigen nur dann unbedingt erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag für diese Maßnahme keine vom Gesetz abweichende Bestimmung enthält. Erklärt er die Entscheidung der Mehrheit für die Auflösung als ausreichend, so kann mit der erforderlichen Stimmenzahl der anderen Gesellschafter die

Gesellschaft ohne ihn aufgelöst werden. Dieses Ergebnis braucht nicht zu erschrecken. Denn das Gesetz stellt die Auflösung nicht unter die Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes - was bei einem Einzelgewerbe auch gar nicht möglich wäre. Nach § 1823 BGB ist der Vormund nur gehalten, tunlichst vor der Auflösung die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes einzuholen. Für das Eltern-Kindesverhältnis ist diese Sollvorschrift nicht anwendbar (vgl. § 1645 BGB).²⁰²⁾

b) Bei der Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses durch den Geschäftsbeschränkten ist § 1823 BGB sinngemäß heranzuziehen, da sie unmittelbar die Auflösung bezwecken soll.²⁰³⁾ Eine erheblich praktische Bedeutung kommt der Vorschrift indes auch hier nicht zu, weil die Wirksamkeit der Kündigung durch die fehlende Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes nicht beeinträchtigt wird. Allenfalls könnte sich daraus ein Schadensersatzanspruch des Mündels gegen den Vormund ergeben.

c) In gleicher Weise ist der gerichtliche Antrag nach § 133 HGB, der das formalisierte Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde darstellt, zu behandeln. Man wende hier nicht ein, die etwaige Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes enthalte ein Präjudiz für die nachfolgende Entscheidung nach § 133 HGB.²⁰⁴⁾ Das Vormundschaftsgericht befindet nur über die Frage, ob die Interessen des Mündels einer Auflösung der Gesellschaft entgegenstehen, während den Gegenstand der Auflösungsklage das Auflösungsverlangen des Antragstellers bildet und das Gericht hier ausschließlich die Berechtigung dieses Verlangens nachzuprüfen hat.

Daß ein nach § 112 BGB ermächtigter Minderjähriger zu der selbständigen Mitwirkung bei der Auflösung nicht berechtigt ist, wurde bereits zum Ausdruck gebracht.

202) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 131 Anm. 3 will anscheinend für die Anwendung des § 1823 BGB auf die Art der Auseinandersetzung abstellen. Diese Differenzierung dürfte nicht angebracht sein; das wird bei Vornahme der die Auflösung bewirkenden Handlung vielfach noch unbestimmt sein.

203) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 132 Anm. 4.

204) Mit dieser Begründung lehnt Badewitz S. 111 die Anwendbarkeit des § 1823 BGB ab.

2. Die Liquidation der Gesellschaft

a) Die Liquidation der aufgelösten Gesellschaft erfolgt, sofern der Gesellschaftsvertrag oder ein Gesellschafterbeschluß nichts anderes bestimmt, durch sämtliche Gesellschafter (§ 146 Abs. I HGB). Sie sind, ohne Rücksicht auf Unterschiede in ihren bisherigen Verwaltungsbefugnissen, die gesetzlichen Liquidatoren.

Es versteht sich von selbst, daß ein minderjähriger Gesellschafter in gleichem Maße zum Liquidator berufen ist.²⁰⁵⁾ Als solcher ist er in das Handelsregister einzutragen. Freilich kann er die damit verbundene Tätigkeit nicht selbst entfalten, sondern sein gesetzlicher Vertreter muß abermals für ihn in die Bresche springen. Auch die Ermächtigung nach § 112 BGB vermag ihm hier nicht zur Selbständigkeit zu verhelfen. Denn die Abwicklungsgeschäfte sind keine Rechtshandlungen, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Sie sollen gerade nicht dem Erwerbszweck, sondern der Auseinandersetzung und vollständigen Beendigung des Unternehmens dienen.

b) Die Abwicklung macht naturgemäß Rechtsgeschäfte erforderlich, die an sich nach den §§ 1821, 1822 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen. Sehr häufig werden insbesondere Grundstücksgeschäfte vorkommen. Im Hinblick auf solche Rechtshandlungen stellt sich die Frage, ob die genannten Vorschriften, die für die werbende Gesellschaft außer Anwendung bleiben müssen, auch für die in Liquidation befindliche Gesellschaft nicht gelten. Das Reichsgericht hat in einer älteren Entscheidung (Bd. 54 S. 278), die ein Grundstücksgeschäft betraf, die Frage bejaht. Es wurde aber bereits in anderem Zusammenhang hervor gehoben, daß dieser Entscheidung mit Skepsis zu begegnen ist, weil sie die offene Handelsgesellschaft als ein besonderes Vermögenssubjekt betrachtet und nur auf Grund dieser Annahme die Anwendung des Vormundschaftsrechtes verneinte. Ungeachtet der Zweifelhaftheit seiner

205) Herrschende Meinung: Hueck, RdOHG, S. 318; Weipert in RGR-KomHGB § 146 Anm. 4; Schlegelberger § 146 Anm. 23. Abweichend Ritter § 146 Anm. 2.

Argumentation muß das Ergebnis, zu welchem das Reichsgericht gelangte, als eine wünschenswerte und sinnvolle Lösung betrachtet werden. Eine andere und unterschiedliche Beurteilung für die Zeit nach der Auflösung der Gesellschaft wäre schon deshalb unerquicklich, weil damit die Abwicklung hinausgezögert werden würde. Da sich die Auseinandersetzung ohnedies oft über einen längeren Zeitraum erstreckt und dabei naturgemäß Verwicklungen und Streitigkeiten in höherem Maße als sonst eintreten, würde die Einschaltung des Vormundschaftsgerichtes ein zusätzliches unerfreuliches Hindernis bedeuten. Umgekehrt wie bei der werbenden Gesellschaft ist also hier nicht das Erwerbsstreben des gesellschaftlichen Unternehmens, sondern das Ziel seiner möglichst raschen Zerschlagung das Moment, das den Wegfall der allgemeinen Schranken des Vormundschaftsrechtes erheischt. Ihre Nichtbeachtung läßt sich auch ohne Zwang damit begründen, daß das Gesetz die aufgelöste Gemeinschaft bis zu ihrer Vollbeendigung als offene Handelsgesellschaft behandelt (§ 156 HGB). Die umfassenden Befugnisse der Organe stehen auch den Liquidatoren zu, freilich beschränkt durch den Abwicklungszweck und weswegen nunmehr Gesamtvertretung gilt. Das der Gesellschaft sonst vom Gesetzgeber zuerkannte Maß an Funktionsfähigkeit bleibt also erhalten und wird lediglich dem geänderten Gesellschaftszweck angepaßt. Diese Rechtslage rechtfertigt es, im Hinblick auf das Minderjährigenrecht der Abwicklungsgesellschaft dieselbe unabhängige Stellung zu gewähren wie dem werbenden Unternehmen.

3. Andere Art der Auseinandersetzung

Da die gesetzlichen Vorschriften über die Liquidation kein zwingendes Recht enthalten, können die Gesellschafter anstelle der normalen Abwicklung jede beliebige sonstige Form wählen, in der sie sich auseinandersetzen wollen. Für die Person des minderjährigen Teilhabers fragt es sich in solchem Falle wiederum, ob eine vormundschaftsberichtliche Genehmigung zu einer derartigen Vereinbarung notwendig ist.

In der Literatur sind die Auffassungen geteilt. Nach der wohl überwie-

genden Ansicht ist die Vereinbarung einer vom gesetzlichen Verfahren abweichenden Art der Liquidation grundsätzlich nicht genehmigungspflichtig.²⁰⁶⁾ Andere wollen im Einzelfall darauf abstellen, ob die gewählte Art sich wesentlich von den im Handelsverkehr üblichen Arten unterscheidet, da die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes zu dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages nur die üblichen Arten der Liquidation erfasse.²⁰⁷⁾

Mit Recht wird der letzteren Auffassung entgegengehalten, daß die Geschäftsbeschränkung erst nach der Gesellschaftsgründung eingetreten sein kann,²⁰⁸⁾ wie auch ein Minderjähriger nach § 139 HGB ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes Gesellschafter werden kann. In diesen Fällen müßte dann, nach dieser Ansicht, eine Ausnahme gemacht werden. Sie zeigen indessen, daß die Annahme, die Genehmigung des Gesellschaftsvertrages erstrecke sich auf den gesamten Zeitraum, während dem der Minderjährige der Gesellschaft angehört, nicht zutreffend ist. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung deckt nicht das Leben der Gesellschaft bis zu ihrem schließlichen Ende und befreit nicht von der Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes für diese ganze Zeit. Das ist bereits bei den Verwaltungsrechten zum Ausdruck gebracht worden.

Wenn gleichwohl die Vereinbarung der Gesellschafter, die Liquidation abweichend von den gesetzlichen Vorschriften durchzuführen, grundsätzlich nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, so einfach deshalb, weil sie den Tatbestand der §§ 1821, 1822 BGB nicht erfüllt. Das gilt insbesondere von bloßen Modifikationen des gesetzlichen Verfahrens. Grundstücksgeschäfte i. S. des § 1821 BGB müssen hier außer Betracht bleiben, weil sie, wie schon ausgeführt, zu denjenigen Rechtshandlungen zählen, die die Liquidatoren selbständig vorzunehmen befugt sind.

206) Weipert in RGR-KomHGB § 145 Anm. 21; Hueck, RdOHG, S. 306; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 145 Anm. 14; Staub-Pinner § 145 Anm. 16.

207) Schlegelberger § 145 Anm. 22. Noch strenger Ritter § 145 Anm. 3a.

208) Weipert in RGR-KomHGB § 145 Anm. 21.

Im übrigen ist das Genehmigungserfordernis nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn die Vereinbarung die Veräußerung des Unternehmens als ganzem zum Ziel hat. In diesem Falle kann es sich für den Minderjährigen um die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes (§ 1822 Ziff. 3 BGB) oder womöglich um eine Verfügung über sein Vermögen im ganzen handeln (Ziff. 1 der Vorschrift).

Es ist zu unterscheiden, ob die Vereinbarung vor oder nach der Auflösung der Gesellschaft getroffen wird. Der erste Fall war bereits Gegenstand der Erörterung (oben S. 66). Die Frage wurde dort bejaht. Sachlich ändert es nichts, wenn in dem betreffenden Beschluß zugleich, wie im Zweifel, die Auflösung der Gesellschaft liegt. Es kommt dann gleichzeitig die Sollvorschrift des § 1823 BGB zur Anwendung. Wird die Vereinbarung erst nach der Auflösung getroffen, so ist zu bedenken, daß die Gesellschaft nur noch zu dem Liquidationszweck besteht. Ein Erwerbsunternehmen ist nicht mehr vorhanden, und daher kann auch nicht mehr von einem Erwerbsgeschäft des Minderjährigen gesprochen werden. Außerdem ist zu beachten, daß er seinen Anteil auch ohne die Geschäftsveräußerung im ganzen alsbald auf Grund der gesetzlichen Liquidation verlieren müßte;²⁰⁹⁾ die Wahrscheinlichkeit der Rückverwandlung der aufgelösten in eine werbende Gesellschaft dürfte unter diesen Umständen gering sein. Der im normalen Falle durch die Abwicklung bewirkte Verlust seines Anteils wird durch den Verkauf des Unternehmens in einer anderen Form herbeigeführt. Die Bestimmung des § 1822 Ziff. 3 BGB will aber nur die willkürliche Veräußerung des Erwerbsgeschäftes durch den gesetzlichen Vertreter verbieten, nicht die bloße Abwandlung und Abkürzung des durch sonstige Tatbestände (Auflösung) bereits notwendig gewordenen Unterganges des Erwerbsgeschäftes. Die Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung könnte auch nur die Frage der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit der Geschäftsveräußerung im Verhältnis zu der gesetzlichen Abwicklung zum Gegenstand haben; die Abwicklung selbst kann dadurch nicht

209) Vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 145 Anm. 21.

aufgehalten werden. Das Gesetz hat aber den Verlust des Erwerbsgeschäftes allein im Auge. Hiernach ist das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Zustimmung zu verneinen, wobei es keinen Unterschied macht, ob das Geschäft von einem Dritten oder einem Gesellschafter übernommen werden soll.²¹⁰⁾ Es versteht sich von selbst, daß dann auch die Durchführung des Beschlusses, also das Veräußerungsgeschäft selbst, soweit keine Anwachsung erfolgt, nicht der Genehmigung bedarf.

4. Übernahme des Geschäfts durch den Minderjährigen

Die Rechtslage ist anders zu beurteilen, wenn der Minderjährige selbst das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt. Zu dieser Vereinbarung muß die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes eingeholt werden, weil es sich jetzt für ihn um den entgeltlichen Erwerb eines Handelsunternehmens handelt (§ 1822 Ziff. 3 BGB).²¹¹⁾ Er haftete zwar bisher schon als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, doch erhöht sich das Risiko durch die Geschäftsübernahme erheblich. Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob die Gesellschaft bei Abschluß dieses Rechtsgeschäftes bereits aufgelöst war oder nicht.

Gegenstand der Genehmigung ist der Gesellschafterbeschluß über die Geschäftsveräußerung. Doch kann die Genehmigung auch später für den schuldrechtlichen Übernahmevertrag, sofern dieser mit dem Beschluß nicht zusammenfällt, erteilt werden. Beide Rechtsakte sind dann von der Zustimmung gedeckt. Einer gegenständlichen Rechtsübertragung bedarf es nicht, weil wiederum das Anwachsungsprinzip durchgreift.²¹²⁾

210) Vgl. Soergel-Siebert § 1822 Bem. 5d; Weipert a. a. O.; Hueck, RdOHG, S. 306; Staub-Pinner § 145 Anm. 16; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 145 Anm. 14; RGZ 65, 227; jedoch in 122, 370 offen gelassen; KG in OLG 40, 96; BayObLG 21, 222. Anderer Auffassung Hallermann in JW 1929, 630; Badewitz S. 119.

211) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 145 Anm. 14; Weipert in RGR-KomHGB § 145 Anm. 22; Hueck, RdOHG, S. 306.

212) Hueck, RdOHG S. 309.

5. Der Fall des § 142 HGB

Nicht ohne weiteres klar ist, ob dies entsprechend geltend muß, wenn der Geschäftsbeschränkte das Geschäft im Wege des § 142 HGB übernimmt. Im Unterschied zu dem soeben behandelten Fall übt hier der antragstellende Gesellschafter mit seinem Antrage an das Gericht, ihm die Übernahmebefugnis zuzusprechen, ein gesetzliches Recht aus. Gleichwohl dürfte dieses Moment nicht von dem Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung befreien. Denn die Ausübung des Übernahmerechtes steht im freien Willen des minderjährigen Gesellschafters bzw. seines gesetzlichen Vertreters. Die bezüglich der Geschäftsveräußerung im Zustand der Liquidation angestellten Erwägungen treffen daher hier nicht sinngemäß zu, auch nicht, wenn die Voraussetzungen des Absatzes II der in Rede stehenden Bestimmung vorliegen. Dagegen ist das Schutzbedürfnis in keiner Weise gemindert. Ob die mit der Geschäftsübernahme verbundene Risikoverlagerung in Kauf genommen werden kann oder ob im Interesse des Minderjährigen die Auflösung der Gesellschaft zweckmäßiger erscheint, ist eine Frage, die geradeso wie bei der aufgelösten Gesellschaft dem Vormundschaftsrichter vorbehalten bleiben muß. Neben der zuerkennenden Entscheidung ist daher die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes notwendig,²¹³⁾ und zwar bereits zu dem Übernahmeantrag. Allerdings wird dadurch die Urteilswirkung nicht berührt, so daß auch ohne die Zustimmung das übrige Gesellschaftsvermögen dem minderjährigen Teilhaber mit der Rechtskraft des Urteils zuwachsen würde oder jedenfalls von dem beklagten Gesellschafter diese Folge nicht mehr in Zweifel gezogen werden könnte. Das Urteil wäre dann freilich fehlerhaft und wegen dieses materiellrechtlichen Mangels zunächst angreifbar.

Im Falle des § 142 Abs. II HGB ist die Zustimmung für die materielle Übernahmeerklärung gegenüber dem Privatgläubiger oder Konkursver-

213) Anderer Ansicht Badewitz S. 125. Heinsheimer S. 97 Note 107 behauptet nur § 1645 BGB.

walter notwendig. Hier tritt ohne sie keine Anwachsung ein, es sei denn, daß ebenfalls im Klagewege die Übernahmebefugnis festgestellt und damit die Geltendmachung jenes Umstandes nach Eintritt des für die Anwachsung maßgebenden Zeitpunktes (§§ 142 Abs. III, 141 HGB) nicht mehr möglich wäre.

Nun sind über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus die Grundsätze des § 142 HGB unter bestimmten Voraussetzungen auch in sonstigen Fällen anwendbar. Insbesondere kann eine Geschäftsübernahme für den Eintritt bestimmter Ereignisse mit den in § 142 HGB vorgesehenen Wirkungen vereinbart werden. Soweit damit nur ein Übernahmerecht gewährt werden soll, das durch eine entsprechende Willenserklärung ausgeübt werden muß, gilt hinsichtlich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nichts Abweichendes. Es ist aber auch möglich, daß die Gesellschafter beabsichtigen, die Fortführung des Unternehmens durch einen ihrer Teilhaber nicht von einer solchen Erklärung abhängig zu machen, also ein unmittelbarer Vermögensübergang gewollt ist, wie etwa für den Fall des Todes eines Gesellschafters. Auch dann wächst dem bedachten Gesellschafter der Anteil des ausscheidenden Teilhabers gemäß dem Grundsatz des § 738 BGB zu, und zwar ohne weiteres kraft der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages.²¹⁴⁾ Da sich der Rechtsübergang ohne jede Willensäußerung vollzieht, ist eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gegenstandslos. Hieraus könnte man nun allerdings Rückschlüsse ziehen und die Folgerung abzuleiten suchen, daß im Rahmen des § 142 HGB jedwede Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes untersagt sei. Eine solche Betrachtungsweise erscheint indessen nicht angängig. Denn zu der Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung, die zudem hier eine Reihe von unterschiedlichen Möglichkeiten erlaubt, darf nicht ein Ausnahmefall zu Rate gezogen werden. Die an sich schon nicht übliche und nur im Wege der Analogie zugelassene Vertragsklausel in dem erwähnten Sinne wird für den Minderjährigen nur dann problematisch, wenn sein

214) Vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 142 Anm. 22; Hueck, RdOHG, S. 309; KG in DR 1942, 1497; RGZ 163, 99.

Eintritt ohne vormundschaftsgerichtliche Kontrolle erfolgte (zum Beispiel nach § 139 HGB). In diesem entfernt liegenden Fall ist eben eine Einflußnahme des Vormundschaftsgerichtes nicht möglich. Mit Rücksicht hierauf hat der gesetzliche Vertreter bei der Ausübung seines Wahlrechtes nach § 139 HGB auf derartige Klauseln im Gesellschaftsvertrag besonders zu achten.

Entschließen sich die Gesellschafter nach der Auflösung, aus irgendwelchen Gründen das Unternehmen als Erwerbsgeschäft weiterzuführen, so hängt die Wirksamkeit dieser Vereinbarung von der Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes ab. Denn die Rückverwandlung der Abwicklungsgesellschaft in eine verbände kommt in ihren Wirkungen einer Neugründung gleich und ist wie diese zu behandeln.²¹⁵⁾ Darauf wurde schon hingewiesen (oben S. 27). Ob dabei der Gesellschaftsvertrag geändert wird oder die Gesellschaft auf der seitherigen Grundlage wiederaufleben soll, ist unerheblich.

II. Die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine andere Gesellschaft

1. Die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft kann sich in verschiedenerlei Gestalt vollziehen. Wird die Gesellschaft als ganzes in die zu gründende juristische Person eingebracht und erhalten die Gesellschafter entsprechend ihren bisherigen Kapitalanteilen Aktien oder GmbH-Anteile, so schließt dieser Vorgang notwendig die Auflösung ein. Die offene Handelsgesellschaft kann aber auch neben der juristischen Person weiter bestehen bleiben, sei es, daß sie selbst unter Übergang des Betriebsvermögens die Anteile der Kapitalgesellschaft übernimmt oder daß lediglich Geschäftsgegenstand und Betriebsvermögen verändert oder aufgespalten und für beide Gesellschaften neu geordnet werden.

215) Vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 24; Düringer-Hachenburg-Flechtheim Vorbem. vor § 131 Anm. 3; KGJ 44 A 129 (131).

Eine Umwandlung liegt in diesen Fällen freilich nur im wirtschaftlichen Sinne vor. Unter der Voraussetzung, daß das Gesellschaftsverhältnis von dem Gründungsakt berührt wird und nicht etwa nur Vermögensteile der bisherigen Gesellschaft für die Kapitalgesellschaft abgezweigt werden, hat zu der entsprechenden Erklärung der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen. Es handelt sich dann entweder um die Veräußerung des Geschäfts im Sinne jener Bestimmungen oder um eine wesentliche Änderung des Gesellschaftsverhältnisses. - Hinsichtlich der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft soll die Anwendbarkeit des § 1822 Ziff. 3 BGB hier nicht interessieren.

Etwas anderes gilt, wenn die Gesellschaft bereits aufgelöst war und danach die Umwandlung als eine andere Art der Auseinandersetzung beschlossen wird.²¹⁶⁾ Insoweit ist die Umwandlung einer Veräußerung des Geschäftes an einen Dritten im Abwicklungsstadium gleich zu erachten.

Eine Übertragung des Unternehmens auf einen Dritten in einer besonderen Form liegt vor, wenn die Gesellschafter übereinkommen, das Geschäft als ganzes als Kommanditeinlage in eine Kommanditgesellschaft oder als stille Einlage in eine stille Gesellschaft einzubringen.²¹⁷⁾

2. Soll die Gesellschaft in der Form einer Kommanditgesellschaft oder einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft²¹⁸⁾ fortgesetzt werden, so wird dadurch das Gesellschaftsverhältnis nur abgewandelt. Die Identität der Gesellschaft bleibt erhalten; es findet keine Auflösung statt.²¹⁹⁾ Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist gleichwohl einzuholen, weil diese Vereinbarung wiederum eine Abänderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages in wesentlichen Punkten darstellt. War die offene Handelsgesellschaft bereits aufgelöst, so ändert dies nichts.

216) Immer ohne Rücksicht auf eine etwa wegen der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft notwendige Zustimmung.

217) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 310.

218) Vgl. dazu RGZ 155, 75.

219) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 229.

Eine Umwandlung in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes kann allerdings auch ipso iure eintreten, wenn nämlich eine für die offene Handelsgesellschaft wesentliche Voraussetzung wegfällt, wie bei dem Herabsinken ihres Geschäftsbetriebes auf den Umfang eines Kleingewerbes. Sie gilt dann wohl noch bis zu ihrer Löschung im Handelsregister gemäß § 5 HGB als offene Handelsgesellschaft. Die Anmeldung des Erlöschens ist aber nicht an eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes geknüpft.²²⁰⁾

III. Das Ausscheiden aus der Gesellschaft

Wenn der Minderjährige aus der fortbestehenden Gesellschaft ausscheidet und damit seine Mitgliedschaft verliert, so bedeutet dieser Rechtsverlust die Veräußerung eines von ihm betriebenen Erwerbsgeschäftes (§ 1822 Ziff. 3 BGB). Daß die Teilhaberschaft an einer offenen Handelsgesellschaft ein Erwerbsgeschäft im Sinne dieser Bestimmung darstellt, braucht nicht nochmals hervorgehoben zu werden.²²¹⁾ Ob dabei die von ihm innegehabte Gesellschafterstelle nunmehr frei bleiben oder durch einen von der Gesellschaft oder ihm selbst zu bestimmenden neuen Teilhaber besetzt werden soll, kann naturgemäß keine Rolle spielen. Eine zustimmungsbedürftige Veräußerung liegt also auch dann vor, wenn der Minderjährige seine Mitgliedschaft befugterweise auf eine andere Person überträgt, die damit in die Gesellschaft eintritt. Die hinsichtlich der Rechtsnatur dieses Vorganges auftauchenden Fragen sind für das Vormundschaftsrecht unerheblich.

Nur bei einem unfreiwilligen Ausscheiden, d. h. bei Ausschluß aus der Gesellschaft wegen der Verletzung von Gesellschafterpflichten, Kündigung durch einen Privatgläubiger oder Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen (§ 140 f. HGB), wäre eine Einschaltung des Vormundschaftsgerichtes nicht möglich. Hier fehlt es bereits, von gesellschaftsrechtlichen Erwägungen abgesehen, an einem rechtsgeschäftlichen Handeln des gesetzlichen Vertreters in bezug auf den Verlust der Mitgliedschaft.

220) Ganz entsprechend der Situation im umgekehrten Falle, oben S. 29.

221) Vgl. oben S. 54, 66.

Zweiter Teil:

DER MINDERJÄHRIGE ALS TEILHABER DER
KOMMANDITGESELLSCHAFT UND DER
STILLEN GESELLSCHAFT

A. DER MINDERJÄHRIGE IN DER KOMMANDITGESELLSCHAFT

I. Da die Kommanditgesellschaft im Verhältnis zur offenen Handelsgesellschaft nicht eine der Struktur nach andere, sondern nur in gewissen Beziehungen abgewandelte Personalgesellschaft des Handelsrechts darstellt, sind die obigen Betrachtungen im wesentlichen auch auf sie anwendbar. Hinsichtlich des persönlich haftenden Gesellschafters gilt das uneingeschränkt; seine Teilhaberschaft entspricht völlig der des offenen Handelsgesellschafters. Beim Kommanditisten sind die Besonderheiten zu beachten, die sich aus der ihm von Gesetzes wegen zugewiesenen Stellung ergeben. Da diese Besonderheiten indessen in einem minus gegenüber dem offenen Handelsgesellschafter bestehen und die ihm verbleibenden Teilhaberrechte und -pflichten nicht grundsätzlich anders gestaltet sind, kann, was die vermögens- und verwaltungsrechtlichen Bezüge und die sonstigen Gemeinschaftsrechte anbelangt, auch insoweit auf den ersten Teil dieser Arbeit verwiesen werden.

Im einzelnen können freilich die sich aus den §§ 164 ff. HGB ergebenden konkreten Beschränkungen seiner Rechte zu einer etwas abweichenden Beurteilung führen, als sie für die offene Handelsgesellschaft ausgenommen wurde. Im Zusammenhang mit den Vermögensrechten ist das Recht des Kommanditisten, eine Abschrift der jährlichen Bilanz fordern zu können (§ 166 HGB), zu erwähnen. Mit der Einengung des umfassenden Informationsrechtes aus § 118 HGB auf diesen Anspruch hat sich zugleich der rechtliche Charakter seiner Erfüllung gewandelt, die jetzt zumindest als geschäftsähnliche Handlung aufzufassen ist. Durch die Festlegung auf die jährliche Bilanz verliert auch die Information durch den Minderjährigen selbst ihren lukrativen Wert im Sinne des § 107 BGB. Ebenso werden die Verteilung und Zuschreibung des Gewinns bzw. Verlustes und die Ge-

winnauszahlung in den §§ 167 - 169 HGB der Beteiligung des Kommanditisten an der Gesellschaft angepaßt. Was über die Ausübung der vermögensrechtlichen Bezüge des geschäftsbeschränkten offenen Handelsgesellschafters gesagt wurde, erfährt aber dadurch keine Veränderung.

In bezug auf die Wahrnehmung der Verwaltungsrechte ergeben sich keine wesentlichen Eigenheiten für den minderjährigen Kommanditisten; durch den Wegfall der organschaftlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbegründung werden gewichtige Fragen nicht aufgeworfen.

Ebensowenig wie dem nicht vollgeschäftsfähigen offenen Handelsgesellschafter kann dem geschäftsbeschränkten Kommanditisten eine Prokura erteilt werden. Denn obgleich er persönlich den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich nicht, anderenfalls nur bis zur Höhe der von ihm noch geschuldeten Einlage verpflichtet ist, muß immerhin beachtet werden, daß er rechtlich Mitinhaber des Gesellschaftsvermögens ist, so daß zumindest die Verfügungsgeschäfte auf der Seite der Gesellschaft sein Vermögen berühren. Der Gedanke des § 165 BGB kann daher auch für den Kommanditisten nicht herangezogen werden.

Dagegen erscheint auch hier eine auf § 112 BGB abgestimmte, unter Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes zu erteilende Handlungsvollmacht als zulässig. Ob ebenso eine unmittelbar auf dieser Vorschrift beruhende Ermächtigung des Kommanditisten möglich wäre, mag dahingestellt sein. Die in diesem Zusammenhang auftauchende Frage, ob die Beteiligung des Kommanditisten als ein Erwerbsgeschäft angesehen werden kann, wird im folgenden an einer anderen Gesetzesstelle wichtig werden. Da aber § 112 BGB als weiteres Merkmal den selbständigen Betrieb des Erwerbsgeschäftes verlangt, lassen sich gewisse begriffliche Bedenken nicht ausschalten.²²²⁾ Andererseits jedoch bedroht eine Ermächtigung nach § 112 BGB den minderjährigen offenen Handelsgesellschafter in seinem Privat-

222) Vgl. Staudinger-Riezler § 112 Bem. 4 i. Verb. m. Staudinger-Keidel § 1367 Bem. 3b; RGR-KomBGB § 1367 Bem. 3.

vermögen weit stärker als den Kommanditisten. Aus dieser Erwägung heraus dürfte jedenfalls eine Freistellung des letzteren in demselben Umfange in gleicher Weise zulässig sein.

Für die Haftung des nicht vollgeschäftsfähigen Kommanditisten gelten die für die offene Handelsgesellschaft dargelegten Verschuldensgrundsätze. Durch die starke Einschränkung seiner Verwaltungsbefugnisse ist ihre praktische Bedeutung nicht sehr groß.

II. Die Eigenart der Beteiligung des Kommanditisten wird hingegen bedeutsam für den Beginn und das Ende seiner Teilnahme an der Gesellschaft, nämlich im Hinblick auf § 1822 Ziff. 3 BGB. Die Problematik spitzt sich daher zu auf die Frage nach der Notwendigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für den Eintritt des Minderjährigen in die Kommanditgesellschaft und sein schließliches Ausscheiden aus dieser.

1. Ob der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zur Errichtung einer Kommanditgesellschaft, an der sich ein Minderjähriger als Kommanditist mit einer festgelegten Einlage beteiligt, nach § 1822 Ziff. 3 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, ist im Schrifttum außerordentlich umstritten.

Die wohl überwiegende Meinung verneint die Notwendigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung mit der Begründung, daß der Minderjährige das Erwerbsgeschäft nicht selbst mitbetreibe, sondern durch die Leistung von Kapital nur sein Vermögen in dem Unternehmen mitarbeiten lasse.²²³⁾ Eine bloße Kapitalbeteiligung könne aber nicht als Betrieb eines Erwerbsgeschäftes betrachtet werden, sowenig wie dieses bei der Zeichnung einer Aktie oder einer stillen Einlage anzunehmen möglich sei. Diesen Beteiligungsformen komme die Stellung des Kommanditisten wirtschaft-

223) Vgl. RGR-KomBGB § 1822 zu Nr. 3; Staudinger-Keidel §§ 1821/1822 Bem. 2gß; Planck § 1822 Bem. II 3b; Würdinger in RGR-KomHGB Vorbem. 37 vor § 1; Weipert dortselbst § 161 Anm. 22; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 161 Anm. 9; Staub-Pinner § 161 Anm. 6; Glitsch S. 191 Note 7.

lich weit näher als der des offenen Handelsgesellschafters.²²⁴⁾

Den gegenteiligen Standpunkt hat die Rechtsprechung²²⁵⁾ eingenommen. Ihr ist das Schrifttum zu einem Teil gefolgt.²²⁶⁾ In einer Entscheidung vom 30. 4. 1955²²⁷⁾ geht der Bundesgerichtshof den selben Weg. Für seine Ansicht, daß der Minderjährige mit seiner Beteiligung als Kommanditist einen Gesellschaftsvertrag i. S. des § 1822 Ziff. 3 BGB eingehe, führt das Bundesgericht im wesentlichen zwei Gesichtspunkte ins Feld: Das heutige Wirtschaftsleben zeige eine außerordentliche Vielgestaltigkeit der Kommanditgesellschaft. Insbesondere sei nicht selten der Kommanditist mit einer hohen Einlage und Haftsumme und damit rechtlich wie auch wirtschaftlich entscheidend an dem Erwerbsgeschäft beteiligt. Zum anderen sei der Kommanditist Mitinhaber des Gesellschaftsvermögens; sei aber um dessentwillen, wie allgemein anerkannt werde, die Veräußerung seines Anteils genehmigungspflichtig, so müsse dasselbe für seine Beteiligung bei Errichtung der Gesellschaft gelten.

Das zuletzt angeführte Argument wird durch den Wortlaut des § 1822 Ziff. 3 BGB gestützt. Das Gesetz spricht dort gleichlautend von dem Erwerb oder der Veräußerung eines "Erwerbsgeschäfts" und dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zum Betrieb eines "Erwerbsgeschäfts". Sieht man dagegen auf den sachlichen Vorgang, so läßt sich aus der Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Zustimmung zu der Veräußerung eines Kommanditanteils rückschließend für die Beteiligung wenig gewinnen. Denn die Parallele zur Anteilsabtretung ist nicht die Beteiligung bei der Gesellschaftsgründung, sondern der Erwerb einer bereits vorhandenen Mitgliedschaft (eines ausscheidenden Gesellschafters). Die Genehmigungsbedürftigkeit dieses Erwerbes, sofern er gegen Entgelt er-

224) Düringer-Hachenburg-Flechtheim Vorbem. I vor § 161.

225) RGZ 51, 35; KGJ 23 A 93; 37 A 148 und in JW 1937, 2980.

226) Schlegelberger § 161 Anm. 29; Ritter § 161 Bem. 2; Baumbach-Duden § 161 Bem. 1 B; Heymann-Kötter § 161 Bem. 1; Palandt-Lauterbach § 1822 Bem. 4; Soergel-Siebert § 1822 Bem. 5d; Boschan S. 480.

227) NJW 1955, 1067.

folgt, ist in gleichem Maße zweifelhaft.²²⁸⁾ Die Beteiligung bei der Errichtung der Gesellschaft liegt auch, was den Gegenstand der Prüfung des Vormundschaftsrichters angeht, auf einer anderen Ebene als die Veräußerung des Kommanditanteils; bei dieser ist es der reale Vermögenswert des Anteils, bei jener in erster Linie das mit der Teilnahme verbundene Vermögensrisiko für den Minderjährigen. Im übrigen ist die vom Bundesgerichtshof zu diesem Punkte als "einhellig" bezeichnete Meinung in Rechtsprechung und Wissenschaft durchaus nicht so einmütig, wie es danach den Anschein hat. Die von ihm angezogenen höchstrichterlichen Entscheidungen²²⁹⁾ hatten sachverhaltlich die Veräußerung eines Anteils an einer offenen Handelsgesellschaft zum Gegenstand, und aus den Erläuterungen im Schrifttum zu § 1822 Ziff. 3 BGB²³⁰⁾ läßt sich eine eindeutige Antwort ebenfalls nicht entnehmen; dort wird wohl gemeinhin die Veräußerung eines Gesamthand-Anteils als genehmigungsbedürftig angesehen, jedoch gerade die Beteiligung des Kommanditisten von der Anwendung des § 1822 Ziff. 3 BGB offenbar gänzlich ausgenommen.

Dagegen kann man der weiteren Argumentation des Bundesgerichtshofs bedenkenlos beipflichten. Die gesellschaftlichen Zusammenschlüsse in der Form der Kommanditgesellschaft sind heute in der Tat sehr mannigfaltig. Vielfach hat der Kapitalgeber das Übergewicht, nicht nur in vermögensrechtlicher, sondern auch in verwaltungsrechtlicher Beziehung. Der Komplementär wird bisweilen im Innenverhältnis von der Haftung völlig freigestellt. Gewiß entspricht eine solche Gestaltung nicht dem Bild der Kommanditgesellschaft, wie das Gesetz es in den §§ 161 ff. HGB zeichnet. Nach der gesetzlichen Regelung beschränkt sich die Haftung des Kommanditisten auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage, er ist von den wichtigsten Verwaltungsrechten ausgeschlossen, unterliegt nicht dem Wettbewerbsverbot, sein Name ist in der Gesellschaftsfirma nicht enthal-

228) Für Genehmigung deutlich: Soergel-Siebert § 1822 Bem. 5a; Palandt-Lauterbach § 1822 Bem. 4. Vgl. aber weiter die nachfolgend genannten Fundstellen.

229) RGZ 122, 370; BayObLG 21, 221.

230) Staudinger-Keidel §§ 1821/1822 Bem. 2gß; RGR-KomBGB § 1822 zu Nr. 3.

ten, seine Teilhaberschaft wird nicht bekanntgemacht und schließlich wird durch den Tod des Kommanditisten die Gesellschaft nicht aufgelöst. Nach dieser Struktur ist allerdings der Vergleich mit dem stillen Gesellschafter oder dem Aktieninhaber begründet; die Kapitalsanlage steht im Vordergrund. Mit Recht weist jedoch der Bundesgerichtshof hin auf die realen Erscheinungen im Wirtschaftsleben, vor denen man nicht die Augen verschließen kann, ohne Gefahr zu laufen, den Schutzgedanken der §§ 1819 ff. BGB zu vernachlässigen. Die Abweichungen vom gesetzlichen Typus sind keine seltenen Ausnahmen, die als vereinzelte Auswüchse der Privatautonomie auch in der Wirtschaftspraxis als atypisch gelten könnten und damit für die Gesetzesauslegung unbrauchbar wären. Es steht auch nichts im Wege, sie trotz der vielleicht im grundsätzlichen abweichenden gesetzlichen Regelung im HGB bei der Frage der Anwendung einer vormundschaftsrechtlichen Vorschrift in die Betrachtung mit einzubeziehen. Denn der Begriff des Gesellschaftsvertrages ist in § 1822 Ziff. 3 BGB nicht näher festgelegt und daher auch nicht unbedingt der handelsrechtlichen Beurteilung unterworfen.

Hiervon abgesehen ist der Kommanditist doch auch notwendig an der Vermögensgemeinschaft der Gesellschafter und insofern an dem Erwerbsgeschäft mitbeteiligt.²³¹⁾ Er ist Mitinhaber des Unternehmens,²³²⁾ das unter der gemeinschaftlichen Firma betrieben wird, und ist Prozeßpartei im Gesellschaftsprozeß. Bei der Liquidation ist er "geborener" Liquidator.²³³⁾ Betrachtet man diese seine Partnerschaft im Zusammenhang mit jenen im Wirtschaftsleben üblich gewordenen Formen, so erscheint die Annahme einer bloßen Kapitalsanlage als nicht zutreffend.

231) Seine Kaufmannseigenschaft ist umstritten, bejahend: Müller-Erbach S. 231; Ritter § 161 Anm. 2; verneinend: Weipert in RGR-KomHGB § 161 Anm. 15; vermittelnd: Hueck, RdOHG, S. 93; J. v. Gierke S. 234; Schlegelberger § 161 Anm. 27.

232) So ausdrücklich Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 161 Anm. 14.

233) Schlegelberger § 177 Anm. 21; Weipert in RGR-KomHGB § 177 Anm. 44; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 177 Anm. 17; Hueck, GesR., S. 95; KG in LZ 1931, 1002.

Dem Bundesgerichtshof²³⁴⁾ kann weiter darin zugestimmt werden, daß im Interesse der Rechtssicherheit im Rechts- und Wirtschaftsleben für eine differenzierte, auf den jeweiligen Fall abgestellte Beurteilung hier kein Raum bleibt, sondern nur eine einheitliche Antwort eine praktisch klare Handhabung ermöglicht. Im Ergebnis muß daher die Beteiligung des Geschäftsbeschränkten als Kommanditist bei Errichtung der Gesellschaft für stets genehmigungsbedürftig erachtet werden.

2. Im Gegensatz zur offenen Handelsgesellschaft wird durch den Tod eines Kommanditisten die Kommanditgesellschaft nicht aufgelöst (§ 177 HGB). An die Stelle des verstorbenen Kommanditisten treten kraft Gesetzes seine Erben. Daraus folgt, daß eine vormundschaftsgerichtliche Zustimmung hier, ganz entsprechend dem Mitgliedschaftserwerb ex lege bei der offenen Handelsgesellschaft, nicht zur Erörterung stehen kann. Das Vormundschaftsgericht wird nur dann mit der Sache befaßt, wenn der minderjährige Erbe die Erbschaft ausschlagen will oder ein Erbteilungsvertrag zur Genehmigung vorgelegt wird (§ 1822 Ziff. 2 BGB). In solchem Falle ist es allerdings möglich, daß der wirtschaftliche Wert der Kommanditbeteiligung entscheidet und insofern eine gerichtliche Nachprüfung stattfindet.

3. Von dem erbrechtlichen Eintritt verschieden ist die Beteiligung als Kommanditist im Wege des § 139 HGB. Wie bei der offenen Handelsgesellschaft näher dargelegt, behandelt diese Vorschrift die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines versterbenden Gesellschafters. Jeder Erbe²³⁵⁾ kann, auch wenn das im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen ist, binnen einer Vierteljahresfrist verlangen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird.

Da der Erbe unmittelbar mit dem Erbfall offener Handelsgesellschafter wird, enthält das Ersuchen um Einräumung einer Kommanditistenstel-

234) a. a. O., S. 1068.

235) Sind es mehrere Miterben, so hat jeder für sich allein das Recht, Hueck, RdOHG, S. 265 f., 270; Weipert in RGR-KomHGB § 139 Anm. 25, 32; Schlegelberger § 139 Anm. 25, 37.

lung den Antrag an die übrigen Gesellschafter auf Abschluß eines dahingehenden Vertrages. Kommt mit der Annahme seines Angebots der Vertrag zustande, so bewirkt dieser eine wesentliche Änderung der verbandsrechtlichen Verhältnisse; die offene Handelsgesellschaft wird in eine Kommanditgesellschaft umgeformt. Die Kommanditbeteiligung beruht also auf einer Willenserklärung des Erben. Da der Erbe vorher schon offener Handelsgesellschafter geworden war, liegt kein originärer Mitgliedschaftserwerb vor, sondern seine Teilhaberschaft als offener Handelsgesellschafter wird auf Grund eines Gesellschaftsvertrages in eine Kommanditbeteiligung umgewandelt. Diese Sachlage verlangt es, gemäß den für die offene Handelsgesellschaft entwickelten Grundsätzen den abändernden Vertrag der Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes zu unterstellen.²³⁶⁾

Wenn demgegenüber eingewandt wird, der Fall des § 139 HGB sei anders zu behandeln, weil der Erbe nur ein gesetzliches Recht ausübe,²³⁷⁾ so vermag dieses Argument nicht zu überzeugen. Der Erbe hat weder ein Recht auf Abschluß des Gesellschaftsvertrages,²³⁸⁾ noch kann es für die Tatbestandsmäßigkeit der §§ 1819 ff. BGB auf diejenigen Rechtsbeziehungen ankommen, auf die sich das betreffende Rechtsgeschäft zurückführen läßt. Denn entscheidend ist, welchen Einfluß gerade dieses Rechtsgeschäft auf das Vermögen des Minderjährigen hat. Auch kann wegen der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit es nicht so angesehen werden, als ob der Erbe an dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages gar nicht beteiligt sei.²³⁹⁾

Die Erlangung der Kommanditistenstellung nach § 139 HGB ist demzufolge von der Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes abhängig.²⁴⁰⁾

236) Hueck, RdOHG, S. 270 Note 47; Ritter § 139 Bem. 4a.

237) Schlegelberger § 139 Anm. 35.

238) Vgl. oben Note 52).

239) So Badewitz S. 34.

240) Zu einem anderen Ergebnis müssen freilich diejenigen gelangen, die eine Beteiligung als Kommanditist schlechthin für genehmigungsfrei erachten (vgl. etwa Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 139 Anm. 33). Allerdings könnte nach dieser Auffassung eine analoge Anwendung des § 1822 Ziff. 1 BGB in Erwägung gezogen werden.

Allerdings ist es den Gesellschaftern möglich, im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, daß der Erbe von vornherein auf die Stellung eines Kommanditisten beschränkt sein soll.²⁴¹⁾ Falls damit dem Erben nicht nur ein obligatorischer Anspruch eingeräumt wird, die Aufnahme als Kommanditist fordern zu können, wird er dann kraft Gesetzes Kommanditist, und eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung entfällt. Ist die Vertragsbestimmung anders auszulegen, so ist zu seinem Eintritt ein Aufnahmevertrag notwendig, der wie jede sonstige vertragsmäßige Kommanditbeteiligung eines Minderjährigen zu behandeln ist. Das gleiche gilt, wenn der Erbe auf Grund testamentarischer Anordnungen, die ihn dazu verpflichten können,²⁴²⁾ in die Gesellschaft als Kommanditist eintritt.

4. Wird die Beteiligung durch Umwandlung einer anderen Gesellschaft in eine Kommanditgesellschaft erworben, so ist, sofern man die hier vertretene Meinung billigt, daß die Errichtung einer Kommanditgesellschaft unter Teilnahme eines Minderjährigen einen nach § 1822 Ziff. 3 BGB genehmigungspflichtigen Gesellschaftsvertrag darstellt, ebenfalls die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes einzuholen. War die bisherige Gesellschaft eine offene Handelsgesellschaft oder bürgerlichrechtliche Gesellschaft, so stellt der Umwandlungsvertrag eine wesentliche Abänderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages dar, die der vormundschaftsgerichtlichen Beurteilung unterliegt. Soll hingegen die Kommanditgesellschaft die wirtschaftliche Fortsetzung einer aufzulösenden Kapitalgesellschaft sein, so gebietet die erforderliche Neugründung in noch stärkerem Maße eine ebensolche Überprüfung.

5. Was nun den Verlust der Mitgliedschaft des minderjährigen Kommanditisten angeht, so folgt aus der Bejahung des Tatbestandsmerkmals "Erwerbsgeschäft" auch die Notwendigkeit der Zustimmung des Vormund-

Ob die Umgestaltung der Mitgliedschaftsrechte eine Verfügung i. S. dieser Vorschrift darstellt, ist indessen zweifelhaft; der Anteil am Gesellschaftsvermögen bleibt unverändert.

241) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 263; RG in ZAKDR 1938, 638 ff.

242) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 263.

schaftsgerichtes zu der Veräußerung des Anteils. Die für die Errichtung der Gesellschaft erwogene.. Bedenken fallen zudem hier weit weniger ins Gewicht.²⁴³⁾

Die für die offene Handelsgesellschaft geschilderten Grundsätze über Auflösung, Liquidation, Unternehmensveräußerung usf., soweit hierbei für den Kommanditisten eine eigene Handlungsmöglichkeit besteht, sind sinngemäß anzuwenden.

Zu einem Gesellschaftsvertrag, der die Umwandlung des Unternehmens in eine andere Gesellschaft zum Inhalt hat, ist, wie in umgekehrtem Falle, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes einzuholen. Das ergibt sich wiederum aus dem allgemein geltenden Grundsatz, daß der Abänderungsvertrag denselben Regeln folgt wie der Gründungsakt selbst.

B. DER MINDERJÄHRIGE IN DER STILLEN GESELLSCHAFT

1. Im Gegensatz zur offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft ist die stille Gesellschaft (§§ 335 ff. HGB) keine Gesamthandsgemeinschaft. Das Unternehmen gehört ausschließlich dem tätigen Teilhaber, er betreibt es allein und schließt alle Rechtsgeschäfte in seinem Namen ab.²⁴⁴⁾ Die Gesellschaft tritt nach außen nicht hervor, und den Stillen verbinden nur rein schuldrechtliche Beziehungen mit dem Komplementär. Diese Gestaltung wirkt sich für die Teilnahme eines Geschäftsbeschränkten als Gesellschafter in erheblichen Unterschieden aus im Verhältnis zu seiner Beteiligung an anderen personalen Handelsgesellschaften.

1. Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zur Errichtung einer stillen Gesellschaft unterliegt nicht der Kontrolle des Vormundschaftsgerichtes.

243) Vgl. auch RGZ 115, 172.

244) Vgl. z. B. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 335 Anm. 13; Glitsch S. 191; Hueck, GesR., S. 102.

tes. Denn der Gesellschaftsvertrag hat nicht den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes zum Gegenstand. Der gemeinsame Zweck des Vertrages liegt in dem der stillen Gesellschaft eigentümlichen Zusammenwirken beider Teile zur Erzielung von Gewinn. Das Gewerbe soll nur durch den einen der Gesellschafter betrieben werden, und nur er ist Kaufmann.²⁴⁵⁾ Es ist von dem Bestand der Gesellschaft unabhängig und kann schon viel länger existieren.

Selbst wenn man von diesen begrifflichen Bedenken absehen und einzig das unternehmerische Risiko zur Richtschnur nehmen will,²⁴⁶⁾ gelangt man zu demselben Ergebnis. Denn das Geschäftsrisiko des Stillen umfaßt nur den Wert seiner Vermögenseinlage und die Gewinnchance. In diesem Ausmaß birgt aber jede Beteiligung an einer Handelsgesellschaft ein Wagnis. Auch der Aktienerwerber muß die Möglichkeit in Kauf nehmen, daß durch eine ungünstige Entwicklung sein Aktienbesitz an Wert einbüßt und eine Dividende ausschließt. Sein Vorteil gegenüber der stillen Beteiligung besteht allenfalls in der meist leichteren Verwertbarkeit seines Wertpapiers. Daß die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich nicht im Anwendungsbereich des § 1822 Ziff. 3 BGB liegt, wird allgemein anerkannt. Sie ist es nur dann, wenn über die eigentliche Beteiligung hinaus ein weiteres Vermögensrisiko vorhanden ist, wie etwa bei der Teilnahme an der Gründung einer Aktiengesellschaft mit Rücksicht auf die Gründerhaftung oder bei der Teilnahme an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Hinblick auf die Haftung nach §§ 24, 31 Abs. III, IV GmbHG.²⁴⁷⁾ Eine entsprechende persönliche Haftung über die Einlage hinaus besteht für den Stillen nicht. Zu diesem Punkte ist auch ein Verweis auf die Wirtschaftspraxis nicht zulässig. Denn die innige Verknüpfung von Kapitalein-

245) Vgl. Schlegelberger § 335 Anm. 28; Ritter § 335 Anm. 3.

246) So deutlich Soergel-Siebert § 1822 Bem. 5a.

247) Vgl. Soergel-Siebert § 1822 Bem. 5a; Palandt-Lauterbach § 1822 Bem. 4b, 10. Vgl. ferner Staudinger-Keidel §§ 1821/1822 Bem. 2g, n 8; RGR-KomBGB § 1822 zu Nr. 3 und Nr. 8 - 11; Glitsch S. 191 Note 7; Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 2. Aufl. 1950, Bem. 3 vor § 16; Vogel, GmbH-Gesetz, 1950, S. 10, 16.

satz und Unternehmensleitung und -risiko, wie sie sich bei der Kommanditgesellschaft beobachten läßt, ist bei der stillen Gesellschaft in diesem Ausmaß nicht festzustellen. Das hat seinen Grund darin, daß derjenige Kapitalgeber, der in dieser Eigenschaft im Hintergrund bleiben möchte, naturgemäß die stille Beteiligung wählt. Sind bei einer atypischen Gesellschaft die gesellschaftlichen Beziehungen allerdings solcherart gestaltet, daß die Beteiligung des Stillen wirtschaftlich der des Kommanditisten oder sogar eines offenen Handelsgesellschafters vollkommen gleichsteht, so ist ein solches verschleiertes Mitgliedschaftsverhältnis der für die entsprechenden wahren Beteiligungsform geltenden Regeln zu unterstellen.

Hinzu kommt, daß bei der stillen Gesellschaft keine Vermögensgemeinschaft besteht. Im Gesellschaftskonkurs ist der Stille Konkursgläubiger (§ 341 HGB). Er besitzt darum auch keinerlei Geschäftsführungsrechte, im Gegensatz zum Kommanditisten, ohne dessen Zustimmung ungewöhnliche Rechtsgeschäfte nicht vorgenommen werden dürfen (§ 164 HGB).²⁴⁸⁾ Der Geschäftsinhaber hat freie Hand: er darf nur sein Geschäft nicht gänzlich umgestalten, veräußern, einstellen oder ähnliches.²⁴⁹⁾

Diese grundsätzliche Verschiedenheit in der Rechtsstellung des Kommanditisten zu der des stillen Gesellschafters rechtfertigt eine unterschiedliche Anwendung des Gesetzes.²⁵⁰⁾ Freilich kann nach sonstigen Bestimmungen die vormundschaftsgerichtliche Zustimmung nötig sein, wie etwa zu der Einbringung eines Grundstücks nach § 1821 Ziff. 1 BGB.

248) RGZ 158, 302.

249) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 335 Anm. 16; Baumbach-Duden § 335 Bem. 3 A; Ritter § 335 Anm. 4a.

250) Wie im Text: Schlegelberger § 335 Anm. 28; Baumbach-Duden § 335 Bem. 2 A; Ritter § 335 Anm. 3. Für Gleichstellung mit dem Kommanditisten: Soergel-Siebert § 1822 Bem. 5a; Palandt-Lauterbach § 1822 Bem. 4. - Die Genehmigungsbedürftigkeit verneinen auch hier: Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 335 Anm. 13; Weipert in RGR-KomHGB § 335 Anm. 35; Staudinger-Keidel §§ 1821/1822 Bem. 2gß; RGR-KomBGB § 1822 zu Nr. 3; Glitsch S. 191 Note 7.

Die Genehmigung ist auch dann nicht erforderlich, wenn der Minderjährige als Komplementär das Unternehmen betreiben soll.²⁵¹⁾ Auch hier kann sie wegen besonderer Umstände aus anderen Gesichtspunkten erforderlich werden, z. B. wenn er sich im Gesellschaftsvertrag verpflichtet, ein bestehendes Erwerbsgeschäft zu erwerben.²⁵²⁾ Auch kann nach §§ 1822 Ziff. 8 - 10, 1823, 1645 BGB die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes geboten sein. Die Errichtung der Gesellschaft wird davon nicht betroffen.

2. In gleicher Weise ist der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen in seiner Handlungsfreiheit nicht eingeengt, wenn eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, an der der Minderjährige beteiligt ist, mit einem Dritten eine stille Gesellschaft begründen will. Das ergibt sich schon aus dem Gesagten, daß die eigene selbständige Teilnahme dem Geschäftsbeschränkten durch seinen Vertreter ohne weiteres möglich ist. Die Beteiligung der Handelsgesellschaft an der stillen Gesellschaft dürfte zudem keine Änderung des für jene gültigen Vertrages bedeuten, da der Stille, oder auch umgekehrt der Komplementär, nicht in den Kreis ihrer Gesellschafter als Partner eintritt, sondern ihr als geschlossener Einheit gegenübersteht. Aus diesem Grunde umfaßt die gesetzliche Vertretungsmacht des § 126 HGB die Befugnis, einen Vertrag über eine stille Gesellschaft abzuschließen.²⁵³⁾

3. Eine Übertragung der Rechte des Stillen auf einen Geschäftsbeschränkten bedarf aus den angeführten Gründen nicht der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. Anders ist es hier natürlich bei dem Geschäftsinhaber, weil ja dann das Erwerbsgeschäft übernommen wird.

4. Soll eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft, an der ein Minderjähriger beteiligt ist, in eine stille Gesellschaft umge-

251) Anders Schlegelberger § 335 Anm. 28; Baumbach-Duden § 335 Bem. 2 A; Ritter § 335 Anm. 3 für den Fall, daß das Handelsgewerbe erst durch den Minderjährigen zu begründen ist.

252) Vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 335 Anm. 35.

253) Vgl. RGZ 153, 371; Hueck, RdOHG, S. 185; Schlegelberger § 126 Anm. 8; Weipert in RGR-KomHGB § 126 Anm. 8; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 3; Baumbach-Duden § 335 Bem. 2 A.

wandelt und der Geschäftsbeschränkte stiller Gesellschafter werden, so entfällt zwar das Genehmigungserfordernis im Hinblick auf das Umwandlungsgeschäft als vertragsändernde Vereinbarung. Es ist kein Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird. Der Übergang des Vermögensanteils des nunmehr stillen Gesellschafters auf den anderen Teilhaber unter Lösung der Gesamthandsbindung stellt jedoch, von jenem her betrachtet, eine Veräußerung seines Anteils dar. Nach den für die offene Handelsgesellschaft entwickelten Grundsätzen ist daher die zustimmende Erklärung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen zu der Umwandlung an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes geknüpft, es sei denn, daß die Gesellschaft vorher schon aufgelöst war. Die Genehmigung ist danach weiterhin erforderlich, wenn der Minderjährige das Unternehmen allein erhalten soll und ein anderer oder alle übrigen Gesellschafter sich nur noch still beteiligen wollen. Das Geschäftsrisiko wird dadurch erheblich zu Ungunsten des Geschäftsbeschränkten verlagert. Der Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses spielt hierbei keine Rolle.

Dieselben Regeln müssen gelten, wenn eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, in der Form einer stillen Gesellschaft fortgeführt werden soll. Daß die stille Gesellschaft selbst eine Unterform der BGB-Gesellschaft darstellt, steht dem nicht entgegen. Es findet auch hier ein Wechsel in der Vermögenszuständigkeit statt.

II. In noch stärkerem Maße als bei dem Kommanditisten sind die Gesellschafterrechte des stillen Teilhabers beschränkt, die ausschließlich individueller Art sind.

1. Der stille Gesellschafter besitzt so gut wie keine Verwaltungsrechte. Von der Geschäftsführung ist er gänzlich ausgeschlossen. Nur in einem sehr beschränkten Rahmen hat er bei gesellschaftsinternen Vorgängen (z. B. der Auflösung) ein Stimmrecht.

Eine Ermächtigung des Geschäftsbeschränkten gemäß § 112 BGB kommt

nur in Betracht, wenn er als Komplementär das Geschäft betreiben soll oder schon ein eigenes Unternehmen führt. Die Ermächtigung wird ihm dann als Einzelgewerbetreibendem erteilt. Besteht das von ihm betriebene Unternehmen bereits vor der Gesellschaftsgründung, so ist er zum selbständigen Abschluß des Gesellschaftsvertrages auf Grund der Ermächtigung nicht befugt. Sein Geschäftsbetrieb bringt ein solches Rechtsgeschäft nicht mit sich; es kann nicht mit einem gewöhnlichen Kreditgeschäft auf eine Stufe gestellt werden.²⁵⁴⁾ Ebensowenig ist ihm die Kündigung der Gesellschaft erlaubt.

Ist der Minderjährige stiller Gesellschafter, so kann ihm Prokura oder eine Handlungsvollmacht erteilt werden. Da er aus den Rechtsgeschäften des Betriebes persönlich nicht verpflichtet wird, auch ihre Durchführung sein Vermögen nicht berührt und die Rechtshandlungen allenfalls nur mittelbar die Höhe seiner Gewinnansprüche mit bestimmen, wird hier § 165 BGB anwendbar sein können.

Von den übrigen Gemeinschaftsrechten des offenen Handelsgesellschafters sind ihm verblieben das gleiche geringe Kontrollrecht, wie es dem Kommanditisten zusteht, und das allgemeine Kündigungsrecht (§ 338 f. HGB).

2. Die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen dem stillen und dem tätigen Gesellschafter sind im Hinblick auf das Minderjährigenrecht nicht anders zu beurteilen als die schuldrechtliche Seite der Teilhaberschaft eines Handelsgesellschafters innerhalb der vermögensrechtlichen Bezüge. Man wird annehmen müssen, daß der ermächtigte minderjährige Betriebsinhaber befugt ist, die vermögensrechtlichen Geschäfte aus dem Gesellschaftsverhältnis mit dem Stillen abzuwickeln, weil insoweit das Betriebsinteresse eine Unterordnung der gesellschaftlichen Beziehung unter die erlaubten Betriebshandlungen im Sinne des § 112 BGB erheischt.

254) Weipert in RGR-KomHGB § 335 Anm. 35 stellt auf die Betriebserfordernisse im Einzelfall ab.

III. Wie die Handelsgesellschaft wird auch die stille Gesellschaft in einer Reihe von Fällen mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses ex lege aufgelöst (Zeitablauf, Tod des Geschäftsinhabers, Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines der beiden Gesellschafter²⁵⁵⁾).

Im übrigen ergibt sich aus dem Bisherigen von selbst, daß zu der Kündigung der Gesellschaft oder zu einem Auflösungsbeschluß der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen die Sollvorschrift des § 1823 BGB nicht zu beachten braucht. Ist der Minderjährige der Geschäftsinhaber, so mag die Auflösung des Geschäftes durch die Pflicht, dem Stillen nunmehr das Auseinandersetzungsguthaben auszuzahlen, vielleicht angebracht erscheinen und deswegen die angezogene Bestimmung zum Zuge kommen. Die Auflösung (und damit sofortige Beendigung) der Gesellschaft berührt aber den Bestand des Erwerbsgeschäftes unmittelbar nicht.

Da keine Vermögensgemeinschaft besteht, kommt eine besondere Liquidation nicht in Betracht.²⁵⁶⁾ Eine Veräußerung des Unternehmens nach der Auflösung der Gesellschaft berührt nur den Auseinandersetzungsanspruch des Stillen, der jetzt nicht mehr Gesellschafter ist. Erklärt sich der geschäftsbeschränkte Stille während des Bestehens der Gesellschaft mit dem Verkauf des Betriebes im ganzen einverstanden, so gelangt auch hier § 1822 Ziff. 3 BGB nicht zur Anwendung. Seine Beteiligung ist, wie eingangs dargelegt, kein Erwerbsgeschäft.

Dasselbe gilt für die Übertragung der Mitgliedschaft des Stillen auf einen Dritten.

Auf der Seite des tätigen Gesellschafters ist bei Minderjährigkeit stets zu der Veräußerung des Unternehmens die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich.

255) Vgl. RGZ 122, 70.

256) Vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 339 Anm. II; Ritter § 339 Anm. 4.

Exkurs:

DER MINDERJÄHRIGE IN DER FAKTISCHEN
GESELLSCHAFT

I. Ist es schon gemeinhin nicht leicht, für das Zusammenspiel von Gesellschaftsrecht und Minderjährigenrecht eine glückliche und gleichzeitig dogmatisch befriedigende Synthese zu finden, so wird diese Schwierigkeit bei der sogenannten faktischen Gesellschaft noch durch die ungewisse Rechtsgrundlage der hier praktizierten Rechtsanwendung vermehrt. Dabei ist die tatbestandliche Beziehung, die der mangelhaften Gesellschaft eignet, von erheblicher Bedeutung für die Frage, ob der Minderjährigenschutz durchgreifen muß oder nicht. Wie schon an anderem Ort hervorgehoben, sind dem Geschäftsbeschränkten nur in seiner rechtsgeschäftlich-willentlichen Betätigung enge Grenzen bestimmt. Außerhalb dieses Bereiches ist der Schutz sehr stark aufgelockert, und seine Handlungen können dort zu Rechtsbeziehungen führen, die durchaus nicht für ihn günstig zu sein brauchen. Aus diesem Grunde kommt es zunächst entscheidend an auf die rechtliche Fundierung der Anerkennung der faktischen Gesellschaft. Die Frage stellt sich dabei generell, ohne Rücksicht darauf, wo die Fehlerquellen liegen, die das Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrages verhindert haben, in der Beteiligung des Minderjährigen selbst oder außerhalb ihrer.

Daß die nichtige, in Vollzug gesetzte Gesellschaft dem handelsrechtlichen Gesellschaftsrecht unterliegt, darüber herrscht heute in der Literatur und in der Rechtsprechung allerorts Einigkeit.²⁵⁷⁾ Die einzelnen Varianten in dem Grad der Gleichstellung mit der vollgültigen Gesellschaft, das Ausmaß, in dem eine Heranziehung des Gesellschaftsrechtes verlangt wird, brauchen hier nicht zu interessieren. Uneins ist man sich indessen über das normative Faktum, das zur Anwendung des Gesellschaftsrechtes auf das unwirksame Gesellschaftsverhältnis zwingt. Es

257) Ob man nun von einer "faktischen Gesellschaft" spricht, die dem Handelsrecht unterliegt, oder von einer bloßen Beschränkung der an sich auf das unwirksame Gemeinschaftsverhältnis anzuwendenden Bestimmungen über die Nichtigkeit, macht in der Sache keinen Unterschied.

wird zum Teil erblickt in einer - als abgegeben angenommenen - öffentlichen Erklärung bzw. einer Erklärung des einzelnen Gesellschafters an die Öffentlichkeit des Inhalts, daß er Gesellschafter sein und wie ein Gesellschafter haften wolle. Diese Erklärung wird in der Anmeldung zum Handelsregister gesehen oder auch in seinem Auftreten im Handelsverkehr, oder indem er duldet, daß ein Mitgesellschafter für die Gesellschaft handelnd am Rechtsverkehr teilnimmt. Einer solchen Erklärung entnimmt man teils eine unmittelbar verantwortliche und verpflichtende, vom Gesellschaftsvertrag unabhängige Willensäußerung, teils bewertet man sie als ein einen Rechtsschein erzeugendes Verhalten und kehrt damit das Prinzip des Vertrauensschutzes hervor. Man verweist auf die besonderen handelsrechtlichen Gewohnheiten, wonach sich jeder an einer Erklärung festhalten lassen muß, die er in handelsüblicher Weise abgegeben hat. Auch der von Staub aufgestellte Satz, daß derjenige, der als Kaufmann auftritt, als solcher auch zu gelten hat, wird zu Rate gezogen, und in diesem Zusammenhang wird weiter § 15 HGB ins Feld geführt.²⁵⁸⁾ Für das Außenverhältnis nimmt man sogar angesichts der insoweit allgemeinen Billigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine gewohnheitsrechtliche Bindung an.²⁵⁹⁾ Endlich gibt es Stimmen, die die faktische Gesellschaft als eine echte Gesellschaft betrachten, sei es, daß sie in entsprechender Anwendung der §§ 139, 140, 154, 155 BGB eine gültige oder fiktive (Rest-) Gesellschaft bejahen oder daß sie auf die besondere Natur gesellschaftsrechtlicher Erklärungen abheben oder überhaupt den Vertragscharakter in bezug auf den Gemeinschaftsakt der Gesellschaftsgründung negieren.²⁶⁰⁾

258) Vgl. die Zusammenstellungen bei Lobedanz S. 65 ff.; Siebert, Fakt. Vertragsv., S. 43 ff.; Simitis S. 136 ff.

259) Hueck, RdOHG, S. 49 Note 19.

260) Vgl. etwa Siebert, Fakt. Ges., S. 287 ff.; Haupt S. 1 ff., bes. S. 16 ff.; Simitis S. 232 ff. (234); ferner Schumann in DR 1943, 1194 ff. - Im Ergebnis freilich ebenso RGZ 165, 193; 166, 51 (59) und schon JW 1935, 2617 Nr. 1; BGHZ 3, 285; 13, 320; Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 73 ff.; Beitzke, Nichtigkeit, S. 62 f.; J. v. Gierke S. 189 ff.; Lehmann, GesR., S. 33 ff. Stark einschränkend Hueck, RdOHG, S. 49 ff.

Aus dieser Vielgestaltigkeit der Ansichten ist für die Beurteilung des Status eines beteiligten Minderjährigen einzig die Frage von Interesse, ob die Anerkennung der faktischen Gesellschaft den Willenskundgebungen ihrer Gesellschafter zuzurechnen ist, also eine rechtsgeschäftliche Basis hat, oder ob ein von ihrem rechtsgeschäftlichen Verhalten zu sondernder Tatbestand kraft Gesetzes das Gesellschaftsrecht zur Anwendung gelangen läßt. Die Beantwortung dieser Frage im Hinblick auf die Minderjährigenhaftung macht keine Schwierigkeiten. Denn unter dem Einfluß der Rechtsprechung des Reichsgerichts und ihrer konsequenten Weiterführung durch den Bundesgerichtshof hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß die Anerkennung der faktischen Gesellschaft zumindest mittelbar eine rechtsgeschäftliche Grundlage hat. Das Reichsgericht hat unter Heranziehung des für die Kapitalgesellschaften ausdrücklich normierten Prinzips des Vertrauensschutzes (vgl. §§ 218 AktG, 77 GmbHG, 97 GenG) den im Geschäftsverkehr erweckten Rechtsschein für maßgebend erachtet, jedoch zugleich betont, daß "dieser Vertrauensschutz letzten Endes in einer rechtlich beachtlichen Erklärung wurzelt".²⁶¹⁾ Demzufolge setzt die faktische Gesellschaft stets einen Gesellschaftsvertrag voraus. Eine bloß tatsächliche Gemeinschaft reicht nicht aus.²⁶²⁾ Dieser zunächst nur für das Verhältnis der Gesellschafter nach außen bezogene Rechtsstandpunkt

261) RGZ 145, 155 (158 f.).

262) Vgl. BGHZ 3, 285; 8, 157; in NJW 1954, 231. In der Entscheidung vom 21.5.1955 (BGHZ 17, 299) wendet der BGH auf ein Unternehmen, das Miterben über 17 Jahre als Erbvermögen fortführten, die handelsrechtlichen Vorschriften analog an, ohne die Frage der Gesellschaftsgründung zu erörtern; er meint (S. 302), durch die lange Fortführung des Betriebs habe die Erbengemeinschaft einen mehr gesellschaftsrechtlichen Charakter erhalten. Man braucht wohl nicht anzunehmen, daß mit dieser Entscheidung der BGH seine bisherige Ansicht in der Behandlung der faktischen Gesellschaft hat aufgeben wollen. - Für die Notwendigkeit eines Gesellschaftsvertrages weiter: Hueck, RdOHG, S. 2; Schlegelberger § 105 Anm. 62a; Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 78; Erman S. 44 ff.; Siebert, Fakt. Vertragsv., S. 60 ff., Anderer Auffassung ist Simitis (S. 234), der die Betätigung der Gemeinschaft als "das essentielle Element" der faktischen Gesellschaft ansieht.

wurde dann mit dem Hinweis auf die enge Wechselbeziehung von Außen- und Innenverhältnis auch auf dieses ausgedehnt.²⁶³⁾ Der Bundesgerichtshof hat die eingeschlagene Richtung nicht verlassen und glaubt sogar die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft im Innenverhältnis in erster Linie ebenfalls auf den Gedanken des Verkehrsschutzes stützen zu müssen.²⁶⁴⁾

Nun hat allerdings der Bundesgerichtshof auf einem anderen Sektor der faktischen Vertragsverhältnisse am 14. Juli 1956²⁶⁵⁾ eine Entscheidung getroffen, die an den Grundlagen seiner bisher geübten Urteilspraxis zu rütteln scheint und die in der Wissenschaft zu einer Revision der Lehre vom Rechtsgeschäft ganz allgemein führen könnte. Im Anschluß an die von Larenz entwickelten Gedankengänge vom sozialtypischen Verhalten²⁶⁶⁾ hat er die Ansicht geäußert, den Erscheinungen und Erfordernissen des heutigen Massenverkehrs könne bürgerlichrechtlich nur dadurch genügend Rechnung getragen werden, daß man die tatsächliche Inanspruchnahme von Leistungen der Daseinsvorsorge als das für die Entstehung solcher Schuldverhältnisse maßgebliche Element anerkenne und auf die Notwendigkeit eines erklärten rechtsgeschäftlichen Willens verzichte. Das Urteil hat damit die Frage der rechtsdogmatischen Begründung der faktischen Vertragsverhältnisse erneut in das Blickfeld gerückt und zugleich in ein schillerndes Licht getaucht. In der Literatur ist die Auffassung des Bundesgerichtshofes nicht ohne Widerspruch geblieben, und das Auseinandergehen der Meinungen ist abermals deutlich geworden. Indessen scheint sich die Einsicht in der Wissenschaft durchzu-

263) RGZ 165, 193 (204 ff.).

264) BGHZ 13, 320 (324). Vgl. dazu die kritischen Ausführungen von Ganßmüller in Betr 1955, 257 Note 5.

265) BGHZ 21, 319 (324). Der BGH hat angenommen, daß der Benutzer einer Parkfläche zu dem Unternehmer in ein Vertragsverhältnis komme, auch wenn er die Zahlung eines Entgelts von vornherein ablehne. Die Tatsache des Abstellens des Kraftfahrzeugs auf dem dafür vorgesehenen Platz sei der rechtsbegründende Vorgang. Vgl. ferner BGHZ 23, 175.

266) In: NJW 1956, 1897 ff. und DRiZ 1958, 245 ff.

setzen,²⁶⁷⁾ daß angesichts der geänderten wirtschaftlichen und soziologischen Verhältnisse die Grundauffassung vom Rechtsgeschäft als Konstitutivakt, wie das BGB sie enthält, im Interesse vernünftiger und zweckmäßiger Ergebnisse eine Überprüfung und vielleicht eine rechtsdogmatische Fortbildung wird erfahren müssen.²⁶⁸⁾

Für das Gebiet der schutzwürdigen Einordnungs- und Organisationsverhältnisse, zu denen die faktische Gesellschaft gehört, wird die genannte Rechtsprechung und die durch sie neu belebte Diskussion um die Einordnung und Behandlung der faktischen Vertragsverhältnisse nicht von wesentlicher Bedeutung sein. Denn bei der faktischen Gesellschaft besteht kein Bedürfnis nach einer typisierten Betrachtungsweise, das, wie bei der Inanspruchnahme öffentlich angebotener Versorgungsleistungen, auf der durch die gleichförmigen Vorkommnisse eingetretenen Schematisierung beruht. Es ist Larenz²⁶⁹⁾ zuzustimmen, wenn er seine Lehre nachdrücklich auf den Bereich der Daseinsvorsorge beschränkt, in dem die Gleichheit des Ablaufs der Vorgänge stark ausgeprägt ist und die Vielzahl der Einzelleistungen eine rasche Abwicklung erheischt. Eine Ausdehnung dieser Anschauungen - deren Berechtigung hier nicht untersucht zu werden braucht - auf andere, individualbestimmte Erscheinungsformen ist daher nicht zulässig.²⁷⁰⁾ Bei der faktischen Gesellschaft kann es sich

267) So die auf der Tagung der Zivilrechtslehrer 1957 geäußerten Ansichten, nach dem Bericht von Habscheid in AcP 157, 100 ff. (104).

268) Sei es durch entsprechende Abwandlung der Elemente des Rechtsgeschäftes oder durch Einführung systemfremder objektiver Abschlußtatbestände; jedenfalls bei den typisierten Rechtsverhältnissen der Daseinsvorsorge, bei denen eine Lösung von der bloßen Abwicklungsfrage her als nicht möglich betrachtet wird; vgl. Esser in AcP 157, 86 ff.

269) Vgl. DRiZ 1958, 245 ff. (247).

270) Larenz (in DRiZ 1958, 247 Note 21) mißbilligt deshalb die Ansicht des BGH (BGHZ 23, 249), der eine Übertragung jener Ausnahmen auf Vorgänge des Höferechts für möglich hält, ebenso ablehnend Siebert, Fakt. Vertragsv., S. 39 Note 126. Auch distanziert sich Larenz (S. 247) von den Darlegungen von Haupt und Simitis, die er als viel zu weitgehend bezeichnet.

nur um eine Gleichbehandlung der fehlerhaften Gemeinschaft mit der gültigen in einzelnen Beziehungen handeln, d. h. um eine Beschränkung der gesetzlichen Nichtigkeitsfolgen, und zwar insoweit, "als dies zur Erzielung sachgerechter, im Sinne der unserer Rechtsordnung immanenten Wertungen liegender Ergebnisse geboten ist." ²⁷¹⁾

II. Auf dem Boden einer solchen Betrachtungsweise läßt sich ohne Mühe die Nichthaftung des minderjährigen "Teilhabers" erklären. Denn das Verkehrs- und Vertrauensinteresse muß nach geltendem Recht hinter den Schutz des Geschäftsbeschränkten zurücktreten. Das wurde schon in anderem Zusammenhang deutlich. ²⁷²⁾ Die Rechtsprechung hat daher mit Recht eine Haftung des an der Gesellschaftsgründung beteiligten Geschäftsunfähigen oder Geschäftsbeschränkten verneint, und zwar sowohl den Gläubigern gegenüber als im Verhältnis zu den Beteiligten am Gesellschaftsvertrag. ²⁷³⁾ Das Schrifttum nimmt, soweit es sich mit dieser Frage auseinandergesetzt hat, nahezu einhellig den gleichen Standpunkt ein. ²⁷⁴⁾ Überraschenderweise stimmen auch die Verfechter jener Lehre zu, die das existente Gesellschaftsverhältnis aus den Angeln des Vertragsrechtes herauslösen und ihm auf dem Boden einer ausschließlich an die tatsächliche gesellschaftlicherliche Entfaltung und Unternehmensbetätigung geknüpften Betrachtungsweise einen besonderen Platz zuweisen möchte. Obwohl danach das für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft "konstituierende Element die Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis bildet", ²⁷⁵⁾ komme es gleichwohl auf die Geschäftsfähigkeit

271) Larenz in DRiZ 1958, 246 und herrschende Meinung.

Vgl. Esser a. a. O.; Nipperdey in MDR 1957, 129; Lehmann in NJW 1958, 1 ff.

272) Vgl. oben S. 45.

273) RGZ 89, 97; 93, 227; 145, 155 (159); BGH in NJW 1955, 1067.

274) Vgl. Weipert in RGR-KomHGB § 105 Anm. 74a, c und 81; Schlegelberger § 105 Anm. 62b; Hueck, RdOHG, S. 55 ff.; Haupt-Reinhardt S. 75 f.; Beitzke, Nichtigkeit, S. 62 f.; J. v. Gierke S. 191; Erman S. 18 Note 30, S. 35, 80; Schumann in DR 1943, 1197; Boesebeck ebenda S. 1224.

275) Haupt S. 16.

an.²⁷⁶⁾ Daß diese Konzession innerhalb eines als rein faktisch propagierten Rechtskreises einen starken Einbruch in unser geltendes Recht bedeutet, läßt sich wohl kaum leugnen²⁷⁷⁾ - de lege ferenda mag hier ein richtiger Ansatzpunkt liegen. Der Hinweis auf die Rechtsentwicklung im Arbeitsrecht befriedigt nicht. Dort findet sich eine Parallele allenfalls insoweit, als nach einer weit verbreiteten Meinung bestimmten tatsächlichen Vorgängen (insbesondere der Eingliederung in den Betrieb) rechtsgestaltende Bedeutung beigemessen wird.²⁷⁸⁾ Auf der Grundlage dieser These erscheint es nur folgerichtig, den nicht genehmigten Arbeitsvertrag mit dem Geschäftsbeschränkten als ein wirksames Arbeitsverhältnis anzusehen, aus dem für die Dauer seines Vollzuges die entsprechenden gegenseitigen Schuldverpflichtungen entspringen.²⁷⁹⁾

Dem Geschäftsbeschränkten können allerdings kraft Gesetzes bestimmte Pflichten erwachsen, wie etwa nach dem Recht der Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB). Ist der Minderjährige oder sein gesetzlicher Vertreter als Geschäftsführer für die Gesellschaft tätig, so kann er Mitglied einer tatsächlichen Gemeinschaft werden, woraus die Pflicht folgt, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendigen Kosten entsprechend dem Kapitalanteil zu tragen (§ 748 BGB). Diese Pflicht besteht bis zu dem Erlaß des Auflösungsurteils bzw. dem Ausscheiden des Minderjährigen aus der Gemeinschaft und umfaßt das vorhandene Vermögen, soweit er daran beteiligt ist.²⁸⁰⁾ Aktuell wird diese Pflicht zur anteiligen Kostentragung

276) Vgl. Haupt S. 31. Simitis folgert aus seiner These, die faktische Gesellschaft sei eine "verdinglichte, entpersönlichte Gesellschaft" (S. 259): "Die Beseitigung der alleinigen Maßgeblichkeit des Einzelnen führt somit auch zu der Beseitigung der Maßgeblichkeit einer so ausgesprochen individualbestimmten Kategorie, wie der Zurechenbarkeit". Siebert, Fakt. Vertragsv., läßt die Frage offen (S. 63). - Larenz setzt (für das Gebiet der Daseinsvorsorge) an Stelle der Geschäftsfähigkeit die Fähigkeit, die sozialtypische Bedeutung seines Handelns zu erkennen (NJW 1956, 1899 und DRiZ 1958, 248).

277) Man könnte allenfalls in rechtsdogmatischer Weiterentwicklung den Gedanken des § 682 BGB heranziehen.

278) Vgl. etwa Nikisch S. 140 ff.

279) Nikisch S. 187f.

280) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 56 f. Verneinend ausdrücklich Erman S. 80.

freilich erst, wenn die finanzielle Lage des Unternehmens sich ungünstig gestaltet.

III. Wie steht es aber nun mit den Rechten des Minderjährigen gegen die Gesellschaft? Es liegt nahe, aus seiner Nichtverantwortlichkeit für die übernommenen Verpflichtungen zu folgern, daß er dementsprechend auch nicht die Rechte eines Gesellschafters für sich in Anspruch nehmen kann, insbesondere nicht die etwa aus dem Gesellschaftsvertrag sich ergebenden Vergünstigungen, sondern daß er eben in jeder Beziehung als Nicht-Gesellschafter zu behandeln ist. Das hätte zur Folge, daß er seine Sacheinlagen vindizieren könnte und im übrigen auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag sowie nach dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft angewiesen wäre. Weitergehende Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, vor allem bei der Auseinandersetzung, könnte er dann nicht geltend machen. Um diese Folge auszuschließen, ist man mancherorts geneigt, den Minderjährigen nicht gänzlich als "Draußenstehenden" zu betrachten, sondern seine Gesellschaftszugehörigkeit nur insoweit zu verneinen, als seine Verantwortlichkeit in Frage steht. Im übrigen soll er wie der vollgeschäftsfähige Gesellschafter in den Genuß der Vergünstigungen des Gesellschaftsvertrages kommen, also insbesondere auch an der Gesamthand beteiligt sein²⁸¹⁾ oder wenigstens an dem Gewinn und dem Ertrag der gemeinsamen Arbeit teilhaben dürfen.²⁸²⁾ Bei der Auseinandersetzung wäre er dann nicht auf Bereicherungsansprüche angewiesen. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht wird auf §§ 104 ff. BGB hingewiesen, die nur den Schutz des Geschäftsunfähigen bezweckten, aber gerade seine Benachteiligung verhindern wollten. Indessen ist eine derartige Aufspaltung von Rechten und Pflichten eines einheitlichen Rechtsverhältnisses dem Gesetz in diesen Bestimmungen nicht geläufig. Sie ergibt sich insbesondere nicht aus § 107 BGB, der immer nur beide Seiten eines Rechtsgeschäftes zugleich betrifft und

281) Vgl. Ganßmüller in Betr 1955, 259 f. und NJW 1955, 1067 f.

282) Fischer in NJW 1955, 851. Der BGH (NJW 1955, 1067) läßt die Frage offen, verneint jedoch die Anerkennung einer faktischen Gesellschaft unter Einschluß des Minderjährigen.

nicht etwa nur die Ansprüche des Minderjährigen gegen seinen Geschäftspartner.²⁸³⁾

Dagegen zeigen sich die im Arbeitsrecht entwickelten Grundsätze hier brauchbar. Die zuvor erwähnte Meinung liefert allerdings keine Parallele, da danach der Minderjährige die volle Rechtsstellung eines Arbeitnehmers innehat, solange nicht das Arbeitsverhältnis durch ihn oder den Arbeitgeber beendet wird. Nach einer anderen von zahlreichen gewichtigen Stimmen getragenen Ansicht ist dem Arbeitgeber die Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages aus dem Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium* zu versagen, wenn er die Arbeitsleistung des Geschäftsbeschränkten angenommen hat. Auf Grund dessen erhält der Minderjährige den arbeitsmäßigen Lohnanspruch.²⁸⁴⁾ Er erlangt damit in der Tat eine einseitig ihn begünstigende Rechtsposition im Verhältnis zum Arbeitgeber. Diese beruht aber nicht auf einem Rechtsgrundsatz oder einer Einzelnorm des Rechts des Geschäftsunfähigen, sondern hat ihre Grundlage allein in dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Die Teilnahme an der faktischen Gesellschaft ist nun nicht ohne weiteres der Partnerschaft in einem faktischen Arbeitsverhältnis gleichzusetzen. Das verbietet der besonders geprägte gemeinschaftsrechtliche Charakter des Gesellschaftsverhältnisses. Allein, diese Verschiedenheit ist hier ohne Belang. In beiden Fällen geht es darum, ob der Geschäftsunfähige, wenn er seinerseits geleistet hat, nunmehr von dem Vertragspartner Erfüllung gemäß dem an sich unwirksamen Verträge für die Zeit seiner eigenen

283) Dagegen spricht nicht der Eigentumserwerb des Minderjährigen bei Leistung eines Dritten in Erfüllung einer bestehenden Verpflichtung, wobei trotz des Eigentumswechsels der Minderjährige den Anspruch behält, vgl. RGR-KomBGB § 107 Bem. 2; Enneccerus-Lehmann § 60 II 1; Enneccerus-Nipperdey § 151 II 1a. Der dingliche Vertrag ist dann als abstraktes Geschäft voll wirksam; vgl. auch RGR-KomBGB § 110 Bem. 3.

284) Vgl. Hueck-Nipperdey S. 149 und Hueck, ArbeitsR., S. 91; Nipperdey bei Staudinger § 611 Anm. 104; Staudinger-Riezler § 110 Anm. 8; Riezler S. 34 ff.; Lehmann in ZHR 79, 80 ff. Siebert, Fakt. Vertragsv., S. 88, leitet aus dem Schutzgedanken der §§ 104 ff. BGB die volle Gültigkeit des Arbeitsvertrages her.

Leistungserbringung verlangen kann. Diese Frage wird man bei der faktischen Gesellschaft nicht anders als im Arbeitsrecht bejahen müssen. Die rechtliche Grundlage ist auch hier das Verbot eines gegen Treu und Glauben verstoßenden, sich widersprechenden Verhaltens eines Vertragsteiles. Das setzt allerdings voraus, daß der Geschäftsunfähige tatsächlich seinen vermeintlichen Gesellschafterpflichten nachgekommen ist, also die bedungene Einlage geleistet und seine etwaigen Verwaltungspflichten erfüllt hat. Hat er auf diese Weise durch eigene Mitarbeit bzw. Kapitaleistung zu der Errichtung und Weiterführung des Unternehmens gleichwertig beigetragen, so kann die Vorenthaltung eines entsprechenden Ertragsanteils nicht mehr Rechtsens sein. Mit dem Anspruch auf vermögensmäßige Teilnahme an dem wirtschaftlichen Wert des Gesellschaftsvermögens und an dem Gewinn verlangt der Geschäftsunfähige nicht mehr als die Gegenleistung für die vollzogene Leistung seinerseits. Demgegenüber kann auch nicht die Erwägung durchschlagen, daß das unternehmerische Risiko rechtlich den Geschäftsunfähigen nicht belastet hat. Dieser Umstand wird den Mitgesellschaftern vorher meist nicht bekannt gewesen sein, so daß ein tatsächliches Wagnis auch für den Geschäftsunfähigen bestanden hat, zum mindesten hinsichtlich seiner Vermögenseinlage.

Die Mitgesellschafter dürfen demgemäß den Geschäftsunfähigen nicht von der Teilnahme an dem Wert des Gesellschaftsvermögens ausschließen.

Sie sind insoweit freilich nur für die Vergangenheit, nicht auch für die Zukunft gebunden. Daraus folgt, daß der Geschäftsunfähige nicht begehren kann, in die Gesamthandsgemeinschaft aufgenommen zu werden. Er hat vielmehr lediglich Anspruch darauf, so gestellt zu werden wie ein eben ausscheidender Teilhaber. Er erlangt also einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft gemäß § 738 BGB.²⁸⁵⁾ Derselbe ist auf Grund einer besonderen Abschichtungsbilanz festzustellen, wobei als Stichtag derjenige Zeitpunkt gilt, an welchem die Funktionen des Geschäftsunfähigen als Gesellschafter auf-

285) Vgl. Fischer in NJW 1955, 851; ferner Ganßmüller in NJW 1955, 1067 f.; Schlegelberger § 105 Anm. 62.

gehört haben. Bestehen diese zu einem Teil weiter, z.B. eine Kapitalinvestition, so ist dies entsprechend zu berücksichtigen. Wird die Gesellschaft nicht fortgeführt, so ist der Geschäftsunfähige bei der Auseinandersetzung zu befriedigen, an der er dann teilnimmt.

Neben dem Abfindungsanspruch kann der Geschäftsunfähige die geleisteten Sacheinlagen zurückfordern. Diese sind ihm wertmäßig anzurechnen.

Ob man nun die Beteiligung des Geschäftsunfähigen in dem angedeuteten Sinne als eine echte gesellschafterliche Funktion ansehen und ihn deshalb insoweit als Gesellschafter bezeichnen soll,²⁸⁶⁾ dürfte von theoretischem Wert sein.

Offen bleibt die Frage, ob der Geschäftsunfähige wählen darf zwischen dem Abfindungsanspruch und den eingangs erwähnten Bereicherungs- und Schadensersatzansprüchen. Der letztere Weg kann unter Umständen für ihn günstiger sein. Die Frage wird man bejahen müssen. Denn dem Geschäftsunfähigen müssen jedenfalls die ihm kraft Gesetzes zustehenden Rechte erhalten bleiben, weil er selbst sich jederzeit auf die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes berufen darf, solange nicht eine bindende Entschließung seinerseits erfolgt ist.

IV. Wenn das Unternehmen sich wirtschaftlich günstig entwickelt hat, wird der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen bestrebt sein, diesem die Stellung eines endgültigen Teilhabers zu verschaffen. Dieses Ziel kann er erreichen, indem er nunmehr die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu dem Gesellschaftsvertrag einholt. Das Vormundschaftsgericht wird unter solchen Umständen seine Zustimmung nicht verweigern. Wird die Genehmigung erteilt und wirksam, so verwandelt sich die faktische in eine vollgültige Gesellschaft. Das können die Mitgesellschafter nicht verhindern, sofern nicht die Minderjährigkeit einen jetzt noch beachtlichen Anfechtungsgrund bildet.²⁸⁷⁾ An ihre Erklärungen

286) Vgl. Ganßmüller in NJW 1955, 1067.

287) Vgl. Hueck, RdOHG, S. 52 ff.

im Gesellschaftsvertrag sind sie gebunden. Das Widerrufsrecht des § 1830 BGB dürfte praktisch keine Rolle spielen. Hatte der gesetzliche Vertreter selbst bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht zugestimmt, so kann er, soweit nicht schon seine spätere stillschweigende Billigung ersichtlich ist, jetzt ebenso durch seine nachträgliche Genehmigung den Mangel beseitigen. Auch wegen dieses Fehlers blieb der Vertrag zunächst in der Schwebe. Dem Vertragspartner steht hier allerdings grundsätzlich das Recht des Widerrufs zu (§ 109 BGB). Der Widerruf durch die Mitgesellschafter dürfte jedoch - unter dem Vorbehalt einer wirksamen Anfechtungsbefugnis - eine mißbräuchliche Ausnutzung einer formalen Rechtsposition darstellen, wenn die Gesellschafter gemeinsam mit dem Minderjährigen den Gesellschaftsvertrag in Vollzug gesetzt und mit ihm zusammen das Unternehmen geführt haben, auch wenn vielleicht die Leistung des Minderjährigen in erster Linie in einem Kapitalbeitrag bestanden hat. Unter diesen Umständen würde der Widerruf wiederum dem Verbot des *venire contra factum proprium* zuwiderlaufen. Das Verhalten der Mitgesellschafter könnte außerdem eine *exceptio doli* aus § 826 BGB begründen, wenn es lediglich darauf abzielte, den Minderjährigen aus der Gesellschaft hinauszudrängen, um dadurch Teilhaberrechte seinerseits auszuschließen.

Hat nicht ein Minderjähriger, sondern ein Geschäftsunfähiger mitgewirkt, so ist eine Heilung des Vertragsmangels freilich nur dann möglich, wenn der gesetzliche Vertreter für den Geschäftsunfähigen am Vertragsabschluß beteiligt war.

V. Zu erwähnen ist schließlich der Fall, daß der Gesellschaftsvertrag an einem Mangel leidet, der außerhalb der Beteiligung des Minderjährigen liegt. Unter dieser Voraussetzung hat der Geschäftsbeschränkte auf Grund seiner ordnungsgemäßen Beteiligung dieselbe Stellung wie die geschäftsfähigen Mitgesellschafter. Die den Schutz des Minderjährigen begründenden Merkmale sind dann nicht gegeben.

Lebenslauf

Ich bin geboren am 6. März 1928 als Sohn des Landwirts Karl Ruppel und seiner Ehefrau Marie geb. Hansel in Rebgeshain/Oberhessen. Im Anschluß an die Volksschule besuchte ich von 1941 bis zur Reifeprüfung im Herbst 1947 die Real-Gymnasiale Aufbauschule in Friedberg/Hessen. An der Universität Mainz habe ich zunächst ein Semester evangelische Theologie studiert und mich dann wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Studien zugewandt. Vom Sommersemester 1949 an war ich an der Universität Frankfurt a. M. immatrikuliert. Meine Lehrer waren die Professoren Böhm, Coing, Isele, Preiser, Ridder und Schiedermaier. Das Referendarexamen habe ich am 27. März 1953, das Assessorexamen am 29. Mai 1957 bestanden. Seit November 1957 bin ich in der Finanzverwaltung tätig.

